EL CUARTO LADO DEL TRIANGULO

El Problema de la Causa del Acto o Negocio Jurídico

William R. Lizárraga Ugarte

Fondo Editorial del Colegio de Abogados de Arequipa

William R. Lizárraga Ugarte

EL CUARTO LADO DEL TRIANGULO

El Problema de la Causa del Acto o Negocio Jurídico

EL CUARTO LADO DEL TRIANGULO
El Problema de la Causa del Acto o Negocio Jurídico

@ William R. Lizárraga Ugarte

Primera Edición - noviembre del 2000

Queda hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nro. 2008-10004.

Editorial Publiunsa, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa-Perú.

Fondo Editorial del Colegio de Abogados de Arequipa, Calle Jerusalén 313, Cercado Arequipa-Perú

1000 ejemplares.

A la juventud peruana y mundial,
redentora de la promesa de un
mundo nuevo y mejor.

El Autor

Índice

EPIGRAFE 25
EXPLICACIÓN PRELIMINAR DE LA OBRA 43

Capítulo I
PERSPECTIVA ACADEMICISTA DEL VOCABLO CAUSA

1. INTRODUCCIÓN 51
2. CAUSA NATURAL, FÍSICA O EFICIENTE 54
3. LA PERSPECTIVA FILOSÓFICA 59
   - 3.1. Posición de Distintas Corrientes del Pensamiento 60
     - a) El Materialismo 60
     - b) El Idealismo Subjetivo 60
     - c) El Idealismo Objetivo 60
     - d) El Materialismo Dialéctico 60
   - 3.2. Sistema Aristotéllco 61
4. PERFIL JURÍDICO: 64
   - 4.1. Aplicación de la ley de causalidad física al proceso psicológico de la voluntad 69
   - 4.2. La causa jurídica 70
     - a) Teorías Objetivas 72
     - b) Teorías Subjetivas 75
     - c) Teorías Eclécticas o Unitarias 77
5. CONCLUSIONES 78
   - Teorias sobre la causa 81

Capítulo II
LA HERENCIA DEL DERECHO ROMANO

1. INTRODUCCIÓN 83
2. EL CORPUS JURIS CIVILIS FRENTE A LA CONTRATACION 84
   - 2.1. De las obligaciones según las instituciones del justiniano 85
   - 2.2. Tratamiento del digesto sobre los pactos 102
3. DE LA CAUSA DE LAS OBLIGACIONES 112
4. DIVERSAS CLASES DE CONTRATOS Y EL CONTRATO SEGUN LABEON 119
5. EVOLUCIÓN DEL CONTRATO 122
   - 5.1. Negocios *Per Aes Et Libram* 122
   - 5.2. El *Nexum* 126
   - 5.3. Stipulatio y Cautio 129
   - 5.4. Contratos Reales 132
   - 5.5. Contratos Consensuales 134
6. DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS Y LA CAUSA DEL CONTRATO EN ARISTON. 140
7. DE LOS CONTRATOS Y LOS PACTOS 151
   - 1º Pactos Sancionados por el Derecho Civil 158
   - 2º *Pacta Praetoria* 158
   - 3º Pactos Legítimos 160
8. SISTEMA DE CONDICTIONES 161
   - a) *Condictio Sine Causa* 161
   - b) Condictiones en Contratos Innominados y Demás 163
   - c) *Condictio Ob Turpem Vel Iniustam Causam* 163
   - d) *Querella Non Numeratae Pecuniae* (*Exceptio Non Numeratae Pecuniae*) 165
   - e) *Exceptio Non Adimpleti Contractus* 167
   - f) El Pacto Comisorio 170
   - g) Corolario 171

9. DE LOS DIVERSOS SIGNIFICADOS DE LA CAUSA EN EL DERECHO ROMANO 172
a) La Causa como Supuesto de Hecho: "*Facti Species*" 172
b) En Servidumbres se Habla de *Causa Perpetua Servitutis* 173
c) La Causa Como Motivo Subjetivo 173
d) Causa como Antecedente del Negocio Jurídico 174
e) La Causa en la *Traditio* 175
f) La Causa en las *Condictiones* 175
g) Causa como Fin Práctico. 175
10. CONCLUSIONES 178

Capítulo III
LA CAUSA EN LA EDAD MEDIA

1. ALCANCE 181
2. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN 182
3. EL DERECHO CANÓNICO 183
4. LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* 186
5. EL ADAGIO *FIDES NON SERVANDA EST EL QUEI FRANGIT FIDEM.* 189
6. LA QUERELLA NON NUMERATAE PECUNIAE 190
7. DIVERSOS SENTIDOS DE LA PALABRA CAUSA 191
7.1. La Causa como Causa Fin 192
7.2. La Causa como Causa Final 193
8. APORTES 195
9. CONCLUSIONES 196

Capítulo IV
LA TEORÍA CLÁSICA

1. BREVE SINOPSIS HISTÓRICA 199
2. PAUTA DOCTRINAL 200
3. TEORÍA DE DOMAT (1861) 201

3.1. Antecedentes doctrinarios 201
3.2. Doctrina domatiana 203
a) Contratos Sinalagmáticos 206
b) Contratos Unilaterales 206
c) Contratos a Título Gratuito 207
3.3. Causa de las Obligaciones o Causa del Contrato 209
4. TEORÍA DE POTHIER (1699-1772) 210
4.1. Postura doctrinal 210
a) Contratos a Título Oneroso 211
b) Contratos a Título Gratuito 212
4.2. Diferencias con Domat 212
4.3. Sobre la Causa Genética de las Obligaciones 214
5. TIPOS CONTRACTUALES 215
a. Contratos Sinalagmáticos 215
b. Contratos Unilaterales 217
c. Contratos a Título Gratuito 218
6. LA CAUSA FIN EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS 222
7. CONCEPTO DE CAUSA FIN 239
8. CARÁCTERISTICAS DE LA CAUSA CLÁSICA 240
9. CAUSA FIN VS. MOTIVO 242
10. REQUISITOS DE LA CAUSA 247
A. Que sea Verdadera 247
B. Que sea Lícita 248
C. Que sea Necesaria 249
11. UTILIDAD DE LA TEORÍA DE LA CAUSA-FIN 249
12. APLICACIONES PRÁCTICAS 250
A) Ausencia o Falta de Causa 250
B) Causa Falsa 255
a) Causa Errónea 255
b) Causa Simulada 260
C) Causa Ilícita o Inmoral 262
a) Casos Prácticos 263
b) Utilidad 265

13. EL ACTO ABSTRACTO Y LA PRUEBA DE LA CAUSA 271
13.1. *Querella Non Numeratae Pecuniae* 272
13.2. El Negocio Abstracto 276
13.3. Contratos (Engagements) a Título Oneroso 278
14. COBERTURA CONTRACTUAL DE LA CAUSA FIN 279
14.1. Contratos Aleatorios 279
14.2. Contratos Accesorios 279
14.3. Promesas de Contrato 280
14.4. Transacción 280
14.5. Estipulación a Favor de Tercero 281
14.6. Delegación 281
15. OBSERVACIONES Y CRITICAS 282
16. CONCLUSIONES 284

Capítulo V
EL ANTICAUSALISMO

1. APROXIMACIÓN DOCTRINAL 287
2. PRINCIPIO COMÚN ANTICAUSALISTA 289
3. LA HUELLA DE LA CAUSA ILÍCITA 290
4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS 291
4.1. Evolución del Anticausalismo 291
4.2. Sistema de Dabín 294
a) La Falsedad en los Contratos Innominados Romanos 295
b) Falsedad de la Teoría Frente a las *Condictiones Sine Causa*. 298
c) Falsedad Frente a la Institución Moderna del Enriquecimiento Injusto 299
d) La Causa según Domat 300
e) La Causa en Pothier 307
f) La Causa en el Código Civil 313
5. FALSEDAD DE LA TEORÍA CLÁSICA 315
a) Falsedad en los Contratos Sinalagmáticos Modernos 315
b) Falsedad en los Contratos Reales 321

e) Falsedad en los Contratos Gratuitos 323
6. LA INUTILIDAD DE LA TEORÍA CLÁSICA DE LA CAUSA 325
a) Inutilidad en Contratos Sinalagmáticos 326
1. Ausencia de Causa 328
2. Causa Ilícita o Inmoral 330
3. Causa Falsa 332
b) Inutilidad en Contratos Reales 334
e) Inutilidad en Contratos Gratuitos 335
7. APOLOGIA DE LA TEORÍA CLÁSICA 335
8. POSICION DE MARTY FRENTE A LAS CRITICAS HISTÓRICA Y RACIONAL 351
a) Crítica Histórica 352
b) Respuesta a la Crítica Histórica 352
c) Crítica Racional 352
d) Respuesta a la Crítica Racional 353
9. POSTURA DE JOSSERAND CON VISTA AL NEOCAUSALLSMO 356
A) La Teoría de la Causa no es Falsa 356
B) La Noción de Causa no es Inútil 357
10. CONCLUSIONES 359

Capítulo VI
EL NEOCAUSALLSMO

1. INTRODUCCIÓN 363
2. ACTUACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA 368
3. EVOLUCIÓN DE LA CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL 370
3.1. Primera Fase: 1804-1832 370
3.2. Segunda Fase De La Jurisprudencia (De 1832 Para Delante) 374
3.3. Sentido de la Sentencia Pendariès (1832) 376
3.4. Sentencia *Ducamp* 379
3.5. Caso de las Casas de Tolerancia 382
4. TEORÍA DEL NEOCAUSALLSMO PSICOLÓGICO: BONNECASE 387
4.1. Sobre la Causa Clásica 388

4.2. Sobre su Análisis con Respecto a la Noción de la Jurisprudencia Sobre la Causa de los Actos Jurídicos ... 392

5. DOCTRINAS UNITARIAS, UNIVERSALES, HÍBRIDAS O ECLÉCTICAS ... 403

6. CONCEPCIÓN DEL NEOCAUSALLSMO BILATERAL (DE JOSSERAND) ... 403

6.1. De la Causa Abstracta y Genérica del Código Civil ... 405

6.2. De la Causa Impulsiva y Determinante o Móvil Individual ... 410

a) Actos a Título Oneroso ... 415

b) Liberalidades ... 416

6.3. Corolario ... 418

6.4. Correlato Doctrinario ... 420

7. SISTEMA NEOCAUSALISTA SINCRÉTICO (DE CAPITANT) ... 424

7.1. La Causa Frente a la Obligación ... 424

7.2. Sinalagma Funcional y Sinalagma Genético ... 425

7.3. Sistema Causal ... 427

7.4. La Causa Según La Diversa Tipología Negocial: ... 429

A) Causa en el Contrato Sinalagmático ... 429

B) Causa en Contratos Unilaterales ... 439

C) Causa en Contratos a Título Gratuito ... 441

7.5. Balance ... 443

7.6. El Motivo frente a la Causa ... 446

7.7. Corolario ... 452

7.8. Panorama Doctrinario ... 456

8. EL SIMPLE MOTIVO Y EL MOTIVO CAUSALLZADO ... 461

9. EL MÓVIL COMO ELEMENTO DE LA VOLUNTAD ... 467

a) La Concepción ... 470

b) Representación ... 471

c) Deliberación ... 472

d) Decisión ... 472

e) Ejecución ... 473

10. NEOCAUSALLSMO HIPERSINCRÉTICO ... 476

11. CONCLUSIONES ... 479

Capítulo VII
TEORÍAS OBJETIVAS, SUBJETIVAS Y UNITARIAS

1. PRELIMINAR 485
2. TEORÍAS AFILIADAS A UNA CONCEPCIÓN OBJETIVA DE LA CAUSA 486
   - 2.1. Causa en la atribución patrimonial 487
     - a) Causa *Solvendi* 488
     - b) Causa *Donandi* 488
     - c) Causa *Credendi* o *Acquirendi* 488
     - d) Causa Mixta (*Negotium mixtum cum donatione*) 489
   - 2.2. Causa como contraprestación 489
   - 2.3. Causa de la obligación 491
   - 2.4. Causas finales en relación con el deudor 494
     - a) Causa *Solvendi* 495
     - b) Causa *Credendi* 495
     - c) Causa *Donandi* 496
     - d) Causa *Novandi* 496
   - 2.5. La causa en el marco de una justicia conmutativa y distributiva 496
   - 2.6. Causa como objeto del contrato 498
   - 2.7. Doctrinas italianas 499
   - 2.8. Apreciacion critica de las teorías objetivas 500
3. TEORÍAS SUBJETIVAS 501
   - A) La causa fin determinante 502
   - B) Apreciacion critica de las teorías subjetivas 506
4. TEORÍAS UNITARIAS 507
   - A) Critica a la postura unitaria 510
5. CONCLUSIONES 511

Capítulo VIII
ACTO O NEGOCIO JURÍDICO

1. INTRODUCCION 513
2. ¿ACTO O NEGOCIO JURÍDICO? 524
   - 2.1. Códigos Extranjeros 524
   - 2.2. Antecedentes Legislativos en el Perú 525
3. EN TORNO A LA LIBERTAD CIVIL Y LA LIBERTAD POLÍTICA 529
4. LA LIBERTAD EN EL MARCO DE UN DERECHO INDIVIDUALISTA Y LIBERAL 534
   - a) Revolución Inglesa 534
   - b) Revolución Norteamericana 535
   - c) Revolución Francesa 535
5. SUSTRATO IDEOLOGICO 535
6. IMPACTO EN LA TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO 536
7. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO 538
   - a) El Constitucionalismo Neoliberalsocial 542
   - b) El Constitucionalismo Marxista 543
   - c) El Constitucionalismo Corporativo 544
   - d) Lineamientos Ideológicos Comunes 545
8. TRES GENERACIONES DE DERECHOS 550
   - 1º Derechos de la Primera Generación 550
   - 2º Derechos de la Segunda Generación 553
   - 3º Derechos de la Tercera Generación 555
9. BALANCE PARCIAL 556
10. DE LOS EFECTOS JURÍDICOS 559
    - 1º El Positivismo Jurídico 560
    - 2º Escuela Iusnaturalista 566
    - 3ˢ Escuela Sociológica y el Historicismo 573
    - 4º Posición Personal 582
11. TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO 587
    - 11.1. El Hecho Jurídico 587

11.2. Hechos Humanos 590
11.3. El Hecho Jurídico y el Acto Jurídico 593
11.4. Análisis de las Críticas Endilgadas a la Teoría del Acto Jurídico 596
12. EL CONCEPTO DE NEGOCIO JURL'DICO 607
12.1. Primera Versión del Negocio Jurídico desde la Perspectiva Clásica Pandectista 612
12.2. Segunda Versión del Negocio Jurídico Entendido Como Supuesto de Hecho (*Fattispecie o Tatbestand*) 613
12.3. Tercera Versión de la Concepción del Negocio Jurídico 615
12.4. Acto Jurídico desde la Perspectiva del Negocio Jurídico 620
12.5. De los Efectos Jurídicos 624
12.6. Hecho Jurídico y Supuesto de Hecho 633
12.7. De la Noción del Negocio Jurídico frente al Acto Jurídico en el Derecho Civil Peruano 635
12.8. Algo más sobre la Función Social 637
13. CONCLUSIONES 642
Acto jurídico vs. negocio jurídico 645

Capítulo IX
TEORÍAS OBJETIVAS

1. INTRODUCCION 647
2. SOBRE LAS TEORÍAS OBJETIVAS 652
3. CAUSA COMO FUNCIÓN ECONÓMICO-SOCIAL 654
3.1. Teoría de la causa vista como función social desde la perspectiva objetivo-subjetiva del negocio (Scialoja) 656
3.2. La función económico-jurídica del negocio (Coviello) 658
3.3. Teoría de la función económico social (de Ruggiero) 661
3.4. Teoría de la función social (Duguit) 665
3.5. Causa como función económico-social (Betti) 677
3.6. Evolucion ulterior de la teoría de la causa como función económico-social del negocio jurídico 697
3.7. Critica a la teorla de la causa-función económico social: 703
A. Gorla 703

i) Errores Históricos 709
ii) Errores Doctrinarios 711
iii) Aplicacciones Prácticas 716
B. Messineo 720
C. Scognamiglio 724
D. Otros autores 730
4. CAUSA COMO FUNCIÓN ECONÓMICO-INDIVIDUAL (FERRI). 735
4.1. Planteamiento Doctrinario 735
4.2. La causa como elemento "invisible" del Negocio: 739
5. CAUSA COMO FUNCIÓN JURÍDICA 746
5.1. El esquema jurídico-formal 746
5.2. Pugliatti 747
5.3. Trimarchi 753
6. LA CAUSA HIPERSINCRÉTICA 757
7. OBSERVACION GENERAL 761
8. CONCLUSIONES 763

Capítulo X
EL OBJETO

1. ANTECEDENTES DEL OBJETO 770
1.1. Breve Aproximación Histórica 770
1.2. Escarceo Terminológico 771
2. EL OBJETO DEL ACTO O NEGOCIO JURLDICO 774
2.1. Distintas Acepciones 774
2.2. Distinciones 776
a) La Relación Jurídica Como Objeto del Negocio 776
b) La Prestación Como Objeto del Acto o Negocio Jurídico 777
c) La Cosa Como Objeto del Acto Jurídico 778
2.3. Objeto Genérico y Objeto Específico 778
2.4. Objeto Mediato y Objeto Inmediato 780
2.5. El Objeto en el Código Civil Peruano de 1936 781

3. EL OBJETO DEL CONTRATO 782
3.1. El Acto Jurídico y el Contrato 782
3.2. La Relación Jurídica Obligacional como Objeto del Contrato 784
3.3. La Prestación como Objeto del Contrato 786
3.4. El Bien Como Objeto del Contrato 788
3.5. El Fin del Contrato como Objeto 789
3.6. El Contrato Como Norma Frente a la Obligación 790
3.7. El Objeto del Contrato en la *Praxis* 792
a) Contrato de Compraventa 793
b) Compraventa de Bien Mueble con Pago al Contado 793
c) Countertrade 794
d) *Insurance* 794
e) *Sponsorship* 794
f) Corretaje 795
g) *Factoring* 795
4. EL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN 796
4.1. La Prestación como Objeto de la Obligación 796
4.2. El Bien como Objeto de la Obligación 799
5. EL OBJETO DE LA PRESTACIÓN 799
6. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL OBJETO EN GENERAL 801
6.1. Basamento Legal 801
6.2. De la Posibilidad Física y/o Jurídica del Objeto 803
1ª El Tratamiento de la Obligación Como Objeto 804
2ª De la Posibilidad Física y/o Jurídica de la Prestación 806
3ª De la Imposibilidad Jurídica y la Ilicitud 808
a) Contratos Ilegales 811
b) Contratos Prohibidos 815
d) Contratos Inmorales 816
a) De la Incomercialidad de los Bienes 823
b) De la Indeterminabilidad de los Bienes 826
7. CASO DE LAS CASAS DE TOLERANCIA 827
A) Definición de la Prostitución 828
B) Historia de la Prostitución 830
C) Posiciones Frente a la Prostitución 832

1. El Prohibicionismo ... 832
2. Posición Abolicionista ... 832
3. El Reglamentarismo ... 833
4. La Autodeterminación ... 833

D) Tratamiento Legal del Meretricio en el Perú ... 836
a) Carácter Punitivo ... 836
b) Sistema Legislativo ... 837
c) La Prostitución como Comercio en el Perú ... 840
d) Medios de Comunicación ... 848
e) Los Lenocinios en Arequipa ... 856
f) Proyecto Concejal ... 858

8. LA CAUSA Y EL OBJETO ... 869
9. ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES ... 880
9.1. Orden Público ... 881
9.2. Buenas Costumbres ... 884
9.3. Orden Público y Buenas Costumbres en la Legislación Peruana ... 890
10. CONCLUSIONES ... 897

Capítulo XI
EL ERROR

1. EL ERROR ... 901
2. ERROR IN SUBSTANTIA ... 902
a) Criterio Objetivo ... 905
b) Criterio Subjetivo ... 905
3. ERROR IN PERSONAM ... 911
4. ERROR IN MOTIVO ... 914
5. ERROR SOBRE LA CAUSA ... 918
6. ERROR UNILATERAL O BILATERAL ... 922
7. CONCLUSIONES ... 927

Capítulo XII
LA CAUSA EN EL PERÚ

1. INTRODUCCION 929
2. EVOLUCION HISTÓRICA 932
   - 2.1. La causa en el código Civil de 1852 932
   - 2.2. La causa en el código Civil de 1936 933
   - 2.3. La causa en el código Civil de 1984 935
3. LA CAUSA DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN 940
4. CAUSA, JURISPRUDENCIA Y CÓDIGO CIVIL 941
   - a) Derecho de Personas 942
   - b) Personas Jurídicas 943
   - c) Acto Jurídico 945
   - d) Derecho de Propiedad 945
   - e) Testamentos 946
   - f) Compraventa A Prueba 946
5. LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* 947
6. CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* 949
7. IMPOSIBILIDAD DE PAGO 950
8. CONTRATOS CAUSALES Y ABSTRACTOS 951
9. TENDENCIAS DOCTRINARIAS EN EL ACTUAL CÓDIGO CIVIL DE 1984 952
   - 9.1. Posturas de la causa clásica 952
     - a) Carlos Ferdinand Cuadros Villena (1997) 952
     - b) José León Barandiarán (1991) 953
     - c) Felipe Osterling Parodi (1994) 957
     - d) Juan Guillermo Lohmann Luca De Tena (1997) 958
     - e) Otros Autores 960
   - 9.2. Posturas anticausalistas 961
     - a) Carlos Ferdinand Cuadros Villena 962
     - b) Luis Romero Zavala 962
   - 9.3. Posturas neocausalistas (causa unitaria) 964
     - a) Aníbal Torres Vásquez (1992) 964
     - b) Fernando Vidal Ramírez (1995a) 965

c) Max Arias-Schreiber Pezet (1991) 967
d) Javier Armaza Galdos (1993) 970
9.4. Posturas hipersincréticas 973
a) Lizardo Taboada Córdoba (1996) 973
b) Rómulo Morales Hervias (2004) 977
10. EL PERÚ FRENTE A LA EVOLUCIÓN DE LA CAUSA EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO 985
11. CONCLUSIONES 996

BIBLIOGRAFIA ELEMENTAL 1007

Epigrafe

"...Y conocerán la verdad, y la verdad los hará libres."

Juan 8,32

"Nos hemos acostumbrado a la idea, sin el menor entendimiento de ella, de que el universo se compone de materia y anti-materia. Tal vez lo que tenemos ahora ante nosotros es el Restatement y el anti-restatement, o el contrato y el anti-contrato. ~~Podemos estar seguros que Holmes, quien desplegó esta paradoja,~~ **~~abríase reído a carcajadas al ver la secuencia de las secciones 75 y 90 del *Restatement*~~**. Una cosa que está claro es que estas proposiciones contradictorias no pueden vivir confortablemente juntas: al final una se la traga a la otra."

GILMORE GRANT

"**Mi conclusión es que la doctrina de la consideración no ofrece una coherente base alternativa para la vinculatoriedad de los contratos**, mientras que aún reconoce que la promesa es necesaria. Junto a esta conclusión he hecho o insinuado un conjunto de calificaciones a mi tesis. La promesa debe ser libremente hecha y no ser injusta... El movimiento en el derecho sugiere que tendremos en

un futuro no muy distante un conjunto de principios para determinar qué promesas deberían ser vinculantes en términos de justicia de cada tipo. Estamos moviéndonos en esa dirección como resultado de decisiones y estatutos que prestan validez a diversos tipos de promesa cuya legitimidad ha sido puesta en duda bajo la doctrina de la consideración: opciones contractuales, ofertas firmes, compromisos de dudas, modificaciones contractuales, y los "promissory estoppels". **Luego, estamos moviéndonos en esa dirección como resultado de una voluntad más abierta de estigmatizar ciertas promesas como injustas o excesivas** y negar vinculatoriedad en ese campo más que en el de la insuficiente consideración."

CHARLES FRIED

"La ley estaría mejor si asumiría directamente problemas como el "*detrimental reliance*" (confianza o dependencia detrimental), o promesas ilusorias, mutualidad de la obligación, o la regla de una consideración moral o pasada como no-consideración, la necesidad de una consideración separada para una acción, y la regla de la obligación pre-existente. **En vez de resolver estas situaciones con esta herramienta obtusa de la *consideración*, la ley sería más sana si desarrollase reglas apropiadas para cada grupo de problemas.** Sin embargo, la doctrina de la consideración podría ser considerada como un sustituto áspero de la pregunta fundamental de la jurisdicción: ¿a qué tipo de acuerdos al gobierno civil provee un remedio? Tal vez la consideración algún día será reformulada en una base principista que provea un escalpelo por el cual las cortes puedan determinar qué promesas caen dentro de la esfera

de la ejecución civil. El próximo análisis puede apuntar a la dirección de tal reformulación."

SCOTT PRYOR

"Debemos concluir, por lo tanto, que la intención de partes competentes de crear relaciones legales que sean posibles física y legalmente, evidenciadas en una forma razonable de ser reconocida por la ley, debería ser suficiente para constituir un contrato. **Los códigos de Brazil, Alemania, Japón y Suiza, en la omisión del *requerimiento de la causa o consideración* como un elemento esencial del contrato, han colocado los contratos bajo una base científica apropiada** y se han liberado tales doctrinas y tales elementos que crean gran confusión o que conducen a resultados arbitrarios o irracionales...

...En vista de la imposibilidad de dar una exacta definición al término de cuasa o "presuposición" y de distringuirla del motivo, -un hecho que abundantemente aparece de la discusión de este tema en el Derecho romano y continental- la inconveniencia resultante de la ausencia de la noción de cuasa en el derecho de los contratos debe ser recordada como nimia, en comparación con la incertidumbre que el reconocimiento de la causa produciría necesariamente dentro del derecho."

ERNEST G. LORENZEN

"La doctrina de la consideración... pura **idiosincrasia nativa**..."

SIR FREDERICK POLLOCK

Los problemas que la doctrina de la consideración intenta soluconar no pueden ser abolidos. Hay poco cuestionamiento de que estos problemas no reciben una apropiada solución en el complejo de la doctrina legal ahora agrupada bajo la rúbrica de consideración... **Lo que necesita abolición no es la doctrina de la consideración sino una concepción del método legal que asume que la doctrina puede ser entendida y aplicada sin referencia a los fines a los que sirve**. Cuando definamos la consideración en función de las políticas que la fundamentan el problema de adaptarla a nuevas condiciones se superará.

LON L. FULLER

"El hecho es que la '***consideración***' **es un concepto indefinido y nebuloso**. Nuestros esfuerzos en definirlo han sido armoniosos y sin éxito por la razón que una gran variedad de hechos debe ser incluidos en el concepto."

ARTHUR CORBIN

"¿De dónde vino esta curiosa –uno estaría tentado a decir **monstruosa**- maquinaria? Es justo decir que la teoría del contrato no vino como un resultado natural del desarrollo de los casos, de hecho representó un quiebre con el pasado. Los inventores de la teoría no lo crearon totalmente de sus cabezas. De hecho ellos hicieron un uso industrioso de pedazos de casos, viejos y nuevos, para crear tal teoría... la teoría fue desde sus orígenes, y durante toda su vida, una torre de marfil de abstracción. Su natural habitat fue las escuelas de derecho y no las cortes de derecho... el

balance de ruedas de esta gran máquina fue la teoría de la consideración…"

GRANT GILMORE

"…Artificial y desafortunada la doctrina de la consideración…"

CHARLES FRIED

"Si vas a salir de frente a describir la verdad, *deja la elegancia para el sastre*."

ALBERT EINSTEIN

"Entre las codificaciones 'privadas', difundidas en la cultura jurídica de nuestor tiempo, va imponiéndose **la convicción de la inutilidad de hacer referencia, en materia de contratos, al elemento de la causa.** No se hace mención de la cual ni en los *Principios* del Instituto Unidroit, ni en el *Code Euroéen des contrats*, elaborado por la Academia de los Iusprivatistas europeos, con sede en la Universidad de Pavía."

GIOVANNI BATTISTA FERRI

~~"El repudio hacia los conceptos abstractos, privados de referentes en la experiencia, tiende a constituir *el sentido común en nuestro tiempo*."~~

~~**LEYSSER L. LEÓN**~~

"**La teoría de la causa es tan sólo un *mero accidente*; que nació muerta**, y que si ha logrado mantenerse hasta ahora

ha sido a fuerza de artificios; pero que fácilmente se la deformaría si se pretendiese encontrarle algún sentido."

DABÍN

"Sentenciosamente, podemos concluir que en todas las legislaciones por distintos caminos se llega al mismo fin, **sin necesidad de recurrir a la teoría de la causa."**

DANIEL IGNACIO PARODI

"La noción de la causa y su validez en el orden jurídico, han sido cuestiones controvertidas en todas las épocas. La mente de los juristas ha estado absorbida por este tema al que han dedicado **sus mejores esfuerzos**, tan inútilmente, que en la actualidad reina la misma confusión que a raíz de las primeras teorías formuladas por Domat y Pothier."

CAMUS

"Entre nosotros se ha sostenido la **inutilidad de este enigmático requisito**, hasta el punto de calificarlo como **el cuarto lado del triángulo**."

GIORGI

"... Queda planteado el problema, que desde Domat y Pothier hasta el presente, ha suscitado polémicas y desencuentros entre los distintos autores que se ocuparon de dilucidar la **espinosa cuestión**."

EDUARDO LAVALLE ZAGO

"Uno de los conceptos probablemente **más confusos y discutidos** de toda la dogmática jurídico-privada."

PAUL OURLIAC
J. DE MALAFOSSE

"Corbin, quien había estado fuertemente influenciado por Cardozo, propuso a los redactores del Restatement lo que se podría llamar una definición Cardozeana de la consideración –**amplia, vaga y, esencialmente, sin ningún sentido-, un equivalente en el *common law* de la causa**..."

GRANT GILMORE

"La teoría clásica de la causa solamente se explica por un abuso inconsciente de abstracción, efectuado apoyándose en la técnica jurídica, llevada ésta **misma a su punto más artificial y caprichoso**."

BONNECASE

"El tema de la causa, **realmente apasionante** por las divergencias que ha generado y la amplitud de su tratamiento."

JOSÉ MARIA GASTALDI

"¿Qué es la causa? Pretender explicarla es ingresar **a un campo lleno de dificultades y complejidades.**"

FERNANDO VIDAL RAMIREZ

"La causa ha sido uno de los temas de Derecho Civil cuyo estudio y **explicación ha sido origen de no pocos debates**

y respecto de la cual se han ofrecido diversas teorías, poco menos que irreconciliables...

...Hubiera sido deseable que las Actas de Sesiones de la Comisión Reformadora hubieran sido más explícitas en este tema o, al menos, que una Exposición de Motivos publicada junto con el Código hubiera explicado qué se pretende regular con la finalidad lícita. En efecto, **en conceptos todavía tan oscuros y discutidos** como éste y que no pocos **quebraderos de cabeza** ha dado a la doctrina y a la jurisprudencia, toda precisión ha de ser alabada."

JUAN GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA

"...Y un atento estudio de los casos, llevará a cualquier estudioso a la conclusión sin esperanza, reforzada por el texto de la sección 90, **que nadie tiene la mernor idea de la maldita cosa significó**... Claramente la ambigüedad no resuelta en la relación entre la sección 75 y la sección 90 en el Primer Restatement ha sido ahora resuelta en favor del *promissory estoppel* de la sección 90, el que se ha tragado a la teoría del intercambio de la sección 75... Hablando descriptivamente, podríamos decir que lo que está pasando es que **el contrato está siendo reabsorbido dentro de la corriente de los 'torts'"**

GRANT GILMORE

"Respecto a la causa, de gran importancia en el derecho clásico, **actualmente ha perdido trascendencia**..."

LUIS ROMERO ZAVALA

"Seguramente **la teoría de la causa del acto jurídico es una de las más polémicas** desde la época de Domat hasta nuestros días. No ha habido opinión consolidada en la doctrina ni en las leyes y todavía los teóricos siguen sustentando tesis causalistas y anticausalistas...

...Consideramos que nuestro Código (*Peruano*) **está entre los anticausalistas**, debido a que no señala como requisito del acto jurídico la causa."

CARLOS FERDINAND CUADROS VILLENA

"Sólo una decidida y probada vocación puede impulsar a un jurista a introducirse en los intrincados problemas de **una materia tan difícil y controvertida** como la de la causa en el derecho. Asunto que, bien lo sabemos, es soslayado por muchos autores que no se atreven a afrontrarlo bajo el pretexto de la inexistencia de la causa...

Penetrar en esta maraña de discordantes opiniones es tarea ardua, difícil, por demás compleja, que requiere de una acuciosa y paciente investigación y de una especial capacidad y finura crítica...

...Una materia de suyo intrincada, oscura y complicada, sobre la que se han vertido tantas y tan disímiles insatisfactorias explicaciones."

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

"**Uno de los temas más fascinantes, complejos e interesantes** del derecho civil, dentro del ámbito de la teoría general del negocio jurídico y del contrato lo constituye, sin duda, el de la noción de causa...

La doctrina de la causa constituye uno de los aspectos más **importantes, complicados, cuestionados, debatidos, generales y abstractos** de la teoría general del negocio jurídico, que ha dado lugar a la elaboración de una diversidad de teorías y concepciones en las doctrinas de los diversos sistemas jurídicos causalistas; cada una de las cuales se disputa ardorosamente con las demás el mérito de explicar adecuadamente el concepto y la función de la noción de causa en los negocios jurídicos y contratos como actos de la autonomía privada."

LIZARDO TABOADA CORDOVA

"En esta perspectiva se ubican aquellas doctrinas que definen la causa como función económico-social del negocio; **una fórmula de valor ambiguo**, pues ha permitido, por un lado, que se entrecucen los problemas del tipo (al cual calzaría mejor la fórmula 'función económico-social') con los problemas de la causa."

FERRI

"¿Qué es la causa? Es necesario confesar que los esfuerzos de los juristas por precisar con claridad el concepto no han sido muy fructíferos. **Subsisten aún hoy**, después de una abundantísima literatura sobre el tema, **profundas divergencias**."

GUILLERMO BORDA

"Desde Domat y Pothier, este elemento de la causa da lugar, cuando se trata de definirlo**, a las más grandes controversias y dificultades**."

ANIBAL TORRES VÁSQUEZ

"La causa en los negocios jurídicos... desde luego... uno de los **temas más debatidos y conflictivos** a nivel doctrinario."

MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET

"El elemento causa ha sido **uno de los temas más controvertidos** en el Derecho Civil... La causa es tema especialmente difícil."

SERGIO AZÚA REYES

"En torno del motivo o fin, se han sostenido apasionadas discusiones y elaborado múltiples doctrinas. **La polémica es apasionada**, y ha dado como consecuencia que también los códigos adapten una posición respecto a la causa."

ERNESTO GUTIÉRREZ y GONZALES

"La causa **constituye el problema más oscuro e indescifrable de la doctrina moderna del derecho**, el campo preferido de las elucubraciones metafísicas y de la sicología."

BONFANTE

"La teoría de la causa tiene reputación bien ganada de ser **abstracta y obscura**."

LOUIS JOSSERAND

"Pocas materias hay en derecho, que hayan **originado discusiones tan apasionadas** como este elemento del contrato, del que se han controvertido incluso su existencia y significado."

MARTY

"La noción de la causa de los actos jurídicos y las teorías derivadas de ella, han revestido en el siglo XIX y **actualmente, una capital importancia**, desde el punto de vista científico y práctico, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia."

JULIEN BONNECASE

"Indudablemente la palabra causa es **mala y suscita muchas confusiones**."

DUGUIT

"**No hay noción alguna sobre la que más se haya discutido**. La mayoría de los autores coinciden aún hoy en decir que la idea de causa es una concepción artificial, escolástica, que no constituye, propiamente hablando, un elemento distinto del consentimiento, del objeto y de la que sería preferible librar a la ciencia."

AMBROSIO COLIN y HENRY CAPITANT

"El concepto de causa... es... **uno de los más discutidos** en la modema teoría del negocio jurídico, en general y del contrato en particular."

ROBERTO DE RUGGIERO

"La causa de los contratos, de las obligaciones o de los negocios jurídicos, viene siendo uno de los grandes tópicos del Derecho Privado, objeto de continuada y al parecer interminable discusión. Lo que ha traído consigo más oscuridad que luz, y que **dicho concepto cobre fama de incomprensible y hasta de misterioso**."

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO

"El concepto de causa dentro de la teoría del contrato es, seguramente, uno de los conceptos **más oscuros, confusos y difíciles de aprehender**, de la doctrina y de la técnica del Derecho Civil. Es justa y merecida esta fama de oscuridad que la teoría de la causa viene tradicionalmente arrastrando consigo."

LUIS DIEZ-PICAZO

"La doctrina de la causa es **uno de los temas más espinosos** de la dogmática jurídica... Con razón señala el profesor De Castro que el problema de la causa es el punto crucial en que confluyen un choque de intereses y corrientes ideológicas."

ANTONIO GULLÓN y LUIS DIEZ-PICAZO

"En lo único que parece estar de acuerdo la doctrina causalista es que sí hay causa; mas **discrepa en cuanto a qué sea**, y en cuanto a cuál es su ámbito."

MANUEL ALBALADEJO

"El concepto de la causa, cargado de imprecisiones, es ampliamente discutido en la época moderna. Desde su

formulación con Domat y Pothier no ha dejado de ser un **arduo problema**, en el que se entrecruzan construcciones completamente dispares que, con los más variados estilos, intentan explicarlo o eludirlo."

PASCUAL MARIN PÉREZ

"La causa no es, lógicamente **un elemento indispensable e insuprimible** del negocio jurídico, de modo que éste no pueda concebirse privado de aquélla; tanto es así que no faltan códigos que no la mencionan ni siquiera al disciplinar la formación del acto..."

GIUSEPPE STOLFI

"**Obscura y difícil** materia de la causa."

VICTORIO PESCIO

"De los cuatro requisitos esenciales de la validez de las convenciones, ésta de la causa, es **la más obscura y fugitiva**."

BEUDANT

"Es indiscutible que la noción de la causa es **esencialmente abstracta, metafísica y fuente de las más lamentables confusiones**."

LACATINERIE y BARDE

"El problema de la causa vive en **un estado de permanente actualidad**."

GALLI

"De allí que con cada institución que se encuentra incorporada en el Derecho de los Contratos, debemos plantearnos la interrogante, no sólo de su naturaleza jurídica ínsita, sino de su utilidad y de la manera cómo se desarrolla para culminar dicha utilidad. Así podremos calificar **cuáles de las tantas instituciones que la conforman, se encuentran ya obsoletas y deben abandonar la normatividad vigente**;... y en fin, cuáles deberán adecuarse a nuestras realidades, cuando no se quiera establecerlas en condición de meras copias, como pareciera continuar en ciertas mentalidades adocenadas a lo extranjero. Sólo así lograremos obtener una doctrina contractual propia, rechazando la mentalidad de colonos."

LUIS ROMERO ZAVALA

"...Conforme al primer párrafo del artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993... el '**juicio de utilidad económico-social de la causa' es inaplicable**."

ROMULO MORALES HERVIAS

"**Desgraciadmente, el término 'causa' es uno de los más ambiguos**. Se alude con él a muchos y muy diversos problemas. Problemas que son tales y tantos y tan llenos de matices y de interferencia que s**uele ser necesario un esfuerzo enorme** y muchas veces inútil para saber a cuál de aquellos problemas quieren referirse los autores y los textos cuando hablan de 'causa del contrato o de la obligación'...

De manera que la confusión continúa, hasta tal punto que la doctrina de la 'causa' o las discusiones que surgen en torno a este mágico *nomen* **han llegado a convertirse en un verdadero rompecabezas**; y no sólo por aquellas confusiones, sino también por otras que, alimentadas por la ambigüedad terminológica o por aparentes analogías conceptuales, han venido a intrincar todavía más la ya bastante enredada madeja...

Es tal la ambigüedad terminológica y conceptual de la palabra 'causa', que ni siquiera los autores animados de más buena voluntad han conseguido sustraerse a ella y, cuando lo han intentado, **han creado alguna vez nuevas confusiones**..."

GINO GORLA

"Para volver a epilogar, la teoría subjetiva induce, por su deficiencia, hacia la objetiva; esta última, a su vez, remite parcialmente a la teoría subjetiva, y se muestra, en definitiva, errónea: ello basta para concluir –adhiriendo a una tesis no privada de defensores- que la **concepción misma de la causa como requisito autónomo del negocio es infundada**.

Hasta este punto, se ha mostrado que las distintas teorías propuestas respecto de la causa **enfrentan insuperables objeciones en el plano dogmático**."

RENATO SCOGNAMIGLIO

"La teoría clásica de la causa, formulada por Domat, es hoy **insostenible, por inútil y sin fundamento racional**."

PLANIOL

"La ciencia no puede ocultar **que la causa es un requisito superfluo e inconcebible de los contratos**. Ni debe ocultar que al darle una existencia jurídica independiente de los demás requisitos los **legisladores francés e italiano han creado el cuarto lado del triángulo**."

JORGE GIORGI

Explicación preliminar de la obra

Este es un trabajo que versa sobre uno de los temas más complicados, abstrusos, difíciles, abstractos, contradictorios, caprichosos, cuestionados, difusos, negados, estudiados y debatidos de la dogmática civilista.

El presente estudio ~~se divide en dos grandes apartados. El primero versa sobre la causa del Acto of Negocio Juridico, mientras que la segunda parte versa sobre la consideración y el *reliance* del common Law. La primera parte~~ cobija en su seno doce capítulos, arrancando con un esbozo preparatorio que aproxima el término *causa* a los trebejos de la filosofía, las ciencias naturales y del derecho, analizando su múltiple fisonomía y variopinta receptación. A partir de Aristóteles y Ihering, se comprende que lo que le interesa al Derecho será la causa final, sin perjuicio de la presencia de otros tipos causal es (causa genética, formal, material).

En el segundo capítulo, nuestro bisturí hunde su análisis en la historia para desentrañar el misterio de la concomitancia de la causa con el Derecho Romano, comprendiendo que existe, como lo dice Garla, una Babel terminológica con respecto a la causa, sin heredar una concepción orgánica y única en torno al tema.

En el examen abocado a la Edad Media, en el tercer capítulo, se advertirá el rico legado que hace la historia en torno al sistema de valoración que, junto a las instituciones generadas -léase *condictiones*- de frente a la realidad social, hacen que la causa no pinte como un elemento autónomo solucionador de problemas; antes al contrario, la interdependencia de las obligaciones, el pacto comisorio, la *exceptio non adimpleti contractus, la querella non numeratae pecuniae* (de raigambre romana), etc., adquieren contextura propia en torno a los acuciantes problemas societales.

Posteriormente se examina, en el capítulo cuarto, la estructura de la causa clásica, a partir de Domat y Pothier, comprendiendo el error histórico de su teoría, y sus múltiples criterios que responden a una visión objetiva y legalista que, incluso desde una lectura subjetivista, hacen de esta teoría clásica una postura falsa e inútil. Falsedad e inutilidad que vienen a confirmar figuras de la talla de Emst, Planiol, Dabín, Giorgi, etc., dentro del anticausalismo (capítulo quinto) para luego pasar a estudiar en el siguiente capítulo, la orientación neocausalista.

A partir del neocausalismo se entenderá cómo el legado jurisprudencial hace que -contra el ideal del causalismo clásico de no querer confundir causa con motivos- los móviles aparezcan como la causa impulsiva y determinante que será receptada por la teoría neocausalista psicológica de Bonnecase (que rechaza el causalismo clásico), o por el neocausalismo bilateral de Josserand (que crea dos nociones de causa: una objetiva clásica a modo de causa de la obligación, y otra subjetiva como causa del contrato, cual *siamés* con dos cuerpos), y otro neocausalismo sincrético de Capitant (que maquilla el sinalagma genético de Domat y Pothier, dándole andamiento en el sinalagma funcional -dentro del aspecto objetivo de la causa, que junto al aspecto subjetivo que está constituido por

los móviles determinantes, definen una sola noción (a modo de una hidra con dos cabezas).

A este respecto, es necesario adelantar que este móvil impulsivo y determinante que cobra gran importancia en Francia (sobre todo en torno al neocausalismo bilateral de Josserand), se la concibe como un instrumento que no puede estar *in mente retentum*, sino que debe ser objetivizado, exteriorizado, comunicado, de modo que sea compartido por las partes, con claro sabor a elemento accidental (cargo, condición, supuesto, etc.), que se esencializa por virtud del *consenso*. Asimismo es necesario explicar que el móvil no es un elemento independiente dentro de la estructura del acto o negocio jurídico, sino que es la causa fontanal de la ejecución de la voluntad, como se verá en detalle posteriormente.

De la misma forma, es importante destacar el rol trascendente de los tribunales, no en mérito a la interpretación de la causa sobre la base de las demandas de la realidad, sino en función a su normal rol contralor del orden público y las buenas costumbres, que es su natural función.

Por otra parte, revisamos las teorías creadas para explicar la naturaleza de la causa jurídica, en el capítulo séptimo, para que en el próximo se explique cuál es el sempiterno problema confrontacional entre el acto jurídico y el negocio jurídico, analizando su evolución histórico doctrinal así como la influencia del factor de la autonomía de la voluntad y la función social en la construcción de estos presupuestos, para luego concluir que ambas instituciones se encuentran en una situación -aunque no de igualdad- sí de sinonimia conceptual.

En el capítulo noveno, uno de los más importantes, se estudia el panorama brindado por las teorías objetivas italianas de la causa como función, tanto de la función económico-social de Betti (estudiando

sus antecedentes, así como su desarrollo doctrinario ulterior, hasta desembocar en la causa razonable y digna), y por otro lado la función jurídica de Pugliatti, Trimarchi, etc., así como la causa entendida como función económico-individual de Ferri, que confunden la causa con el tipo o esquema jurídico del negocio mismo.

A través del estudio de estas teorías se entenderá fácilmente la caracterología de los afluentes ideológicos de estas teorías, que nacen junto con el Código Civil de Mussolini de 1942, respondiendo a doctrinas totalitarias, socializantes, comunitaristas, etc., que restringen demasiado la voluntad individual y confunden la causa con el negocio mismo, sin brindar soluciones prácticas desde las clásicas trincheras: ausencia de causa, falsa causa y causa ilícita. Justamente, para responder a casos que encajen en la causa ilícita, la doctrina posterior echa mano al esquema planteado por Capitant (causa sincrética) en el sentido de considerar la causa como un solo concepto con dos aspectos (objetivo y subjetivo, cual monstruo con dos cabezas), desplazando la causa clásica del hontanar objetivo para colocar, en su lugar, la teoría italiana objetiva remozada y maquillada, mientras que en el aspecto subjetivo se ubicará solamente el móvil impulsivo y determinante que, como lo dijimos, se esencializa por virtud del consenso. Todo ello dentro del marco de una teoría *hipersincrética*, que, al igual que las anteriores, también resulta ser falsa e inútil.

Sin embargo, no se piense que los actos o negocios jurídicos no tienen una función social, todo lo contrario. Los negocios sí tienen una función típica, que participa de la función social que, al lado de la licitud -que compagina perfectamente la legalidad, el respeto al orden público, las buenas costumbres, etc.- cumplen no sólo un papel tipificador sino un rol contralor de la incolumidad contractual.

Luego en los capítulos décimo y undécimo se estudian figuras importantísimas como el objeto y el error, asaz confundidos y confundibles con la causa. Asimismo, en el capítulo duodécimo se pasa revista al desarrollo histórico dogmático de estas teorías dentro del espectro peruano que copia, en el presente Código Substantivo, a Capitant y Josserand, pero de manera imperfecta. Es decir, en el Perú, como siempre epatados por todo lo extranjero -ante lo cual rendimos un culto demiúrgico- hemos plagiado, pero hemos plagiado mal.

Finalmente, pero no por ello menos importante, es menester explicar que en las próximas páginas recorre una sindéresis inspirada en el método trialista del derecho que ve en él un mundo jurídico compuesto por una dimensión sociológica (conductas), dimensión normológica (normas) y otra dikelógica (valores), que hacen concluir que la causa no es un elemento esencial dentro de la estructura del acto o negocio jurídico, ya que se pueden alcanzar los mismos resultados que se pretenden conseguir a través de su férula, a través del empleo de otros elementos como el objeto *en su ancha significación*, el error, la buena fe, el orden público, las buenas costumbres, la nulidad virtual, la condición, la carga, la simulación, etc., pasando por el accionar de los tribunales cuya función responde al natural y espontáneo rol al que están llamados a realizar, controlando que los negocios no violenten el orden público y las buenas costumbres (nulidad virtual), como la historia perfectamente lo enseña, teniendo por norte una rica valoración -justicia, libertad, orden, paz, etc.- en armónica interacción intra y extra-sistemática, que responde, obviamente, a una reciprocidad simétrica con la realidad de la que bebe su fontanal savia vivificante que milita de la doctrina mencionada.

Cuatro años y medio fueron necesarios para culminar el estudio de este tema que intenta demostrar por qué la causa, como elemento del acto o negocio jurídico, no constituye sino el cuarto lado del triángulo. El lector es libre para juzgar la enjundia de este esfuerzo;

sin embargo, con una u otra opinión, se concordará en que este material constituye un nutriente elemental e imprescindible para comprender la naturaleza de la causa jurídica (*fin lícito*) en el Perú y en el extranjero. Y si conseguimos ello, todo este tiempo habrá justificado enteramente su existencia.

El Autor

LA CAUSA EN EL DERECHO CIVIL DEL PERÚ

Capítulo I
PERSPECTIVA ACADEMICISTA DEL VOCABLO CAUSA

1.- Introducción. 2. - Causalidad natural, física o eficiente. 3. - La perspectiva filosófica. 3.1.- Posición de distintas corrientes del pensamiento: a). El materialismo. b). El idealismo subjetivo. c). El idealismo objetivo. d). El materialismo dialéctico. 3.2. Sistema aristotélico. 4. Perfil jurídico. 4.1. - Aplicación de la ley de causalidad física al proceso psicológico de la voluntad. 4.2. La Causa final: a). Teoría objetiva. b). - Teoría subjetiva. c). - Teoría sincrética o unitaria. 5. - Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Aclaremos que el tema que nos convoca necesita ser abordado, primigeniamente, a partir de un andamiaje lo suficientemente amplio como para generar una idea cabal -pero no por ello etérea- que desafíe la caprichosa evolución jurídico-histórica de esta institución; y, a su vez, lo suficientemente concisa como para entresacar conclusiones valederas que nos alumbren el camino en la construcción de un nuevo y mejor Derecho puesto al servicio de la justicia y la vida[1], y en el plano concreto referido a la causa, precisar cuál puede ser la utilidad que ésta puede traer al mundo del derecho a partir de la influencia que pueda ejercer en el seno del acto o negocio jurídico desde sus diferentes vertientes objetivas, subjetivas y unitarias.

1 LIZARRAGA, 1996, pp. 221 y ss.

Ello conlleva un estudio pormenorizado de todas las orientaciones que la causa ha tenido y tiene en la medida que responde a diferentes concepciones prohijadas por variopintos sistemas jurídicos a través de los distintos espacios y tiempos. Tal vez por eso el tema de la causa se presenta como oscuro, misterioso, abstracto y hasta árido. Es tanta la cantidad de teorías que se entretejen a su alrededor que no se puede contar en verdad con una sino con varias concepciones de la misma, cada una de ellas con el mismo ánimo de intentar usurpar el lugar privilegiado de pretender explicar a cabalidad su naturaleza y fisonomía.

De esta suerte, nuestro trabajo tendrá no sólo el objetivo de desbrozar el camino trazado por estas diferentes concepciones y sistemas, sino también de observar en los planos concretos de la realidad jurídico-social la utilidad o inutilidad de la noción de causa en el mundo, y más concretamente en el Perú.

En esta senda, parte de la doctrina asume la importancia de la causa como un elemento indispensable a partir del cual se pueda construir la noción del negocio jurídico. Esta postura arranca, básicamente, de aquellas canteras doctrinarias que ven en el negocio jurídico no una declaración de voluntad (al modo del acto jurídico clásico de raigambre francesa), sino un supuesto de hecho con declaraciones de voluntad, cuyos efectos jurídicos son otorgados por el ordenamiento jurídico, de modo que es la causa (entendida ésta como la función económico-social o función jurídica, dentro de la dogmática italiana a partir del Código Civil de 1942) la que engolfa una tipicidad social o hasta jurídica, cual contralor de los efectos vinculatorios contractuales, que determina qué actos pueden ser o no negocios jurídicos. Vale decir, el tamiz socioeconómico o jurídico que es la causa, determina la configuración negocial de las operaciones, de forma que ambos conceptos resulten necesariamente ligados.

En nuestro medio, aún arrastramos la concepción jurídica del acto jurídico de viejo cuño francés que lo reputa una declaración de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos en el marco de la autonomía de la voluntad (y que por tradición jurídica se sigue conservando este *nomen jurís*), sin que por ello implique entender éste a partir de la concepción del negocio jurídico con necesarias reservas que expondremos en su oportunidad.

Pero con ello no se crea que por empezar a definir conceptualmente este tópico, estemos enrolándonos acaso en las canteras de una fría ortodoxia teorizante menospreciadora de los dictámenes de la realidad, para cifrarse en los puros devaneos filosóficos de un "*topus uranus*" discriminador y alienante, o en los cielos de conceptos jurídicos donde toda mención de la realidad es una apostasía. Tampoco pretenderemos engolfarnos en los cánones extremistas de un asfixiante pragmatismo que repugna toda teoría en homenaje a los ídolos de lo presente, lo inmutable y lo tangible. Los tiempos de cambio que vivimos nos advierten que tales despropósitos son antihistóricos y trasnochados; nos enfilamos en una postura que no sesgue ninguna de las perspectivas antedichas, ya que el derecho no sólo recoge una formulación de corte epifenoménico sino que también exige no desviarse de su abrevadero, de su hontanar, de su fontanal estructura que le informa y, a su vez, recibe su penetrante influjo en una suerte de fluida vinculatoriedad simétrica.

Asimismo toda noción jurídica debe ser vista desde una triple dimensión conformada por la dimensión normológica (normas), dimensión sociológica (conductas) y la dimensión dikelógica (valores). De modo que el fenómeno de la causa tampoco puede escapar a este análisis en donde su estructura se somete al estudio triádico de estos elementos que le brindan además su legitimidad y/o legitimación.

Es desde esta perspectiva de donde partiremos en nuestro viaje conceptual, con los pies anclados en la tierra de las realidades, pero con la mirada proyectada en las estrellas de las teorías: comunión perfecta desde los planos vital, filosófico y vivencial[2]. Empezaremos entonces por adentrarnos en la carne del asunto.

La causa como significante es un concepto polisémico puesto que tiene muchos significados, vale decir que goza de una multiplicidad de acepciones tales como: motivo, origen, principio, porqué, pretexto, objeto, intento, móvil, fuente, fundamento, manantial, razón, génesis, nacimiento, fundamento, base, agente, cimiento, circunstancia, hecho, finalidad, incógnita, título, quid, interés, motor, madre, factor, determinación, presuposición, agente, autor, responsable, artífice, elemento, causal, causalidad, moción, proceso, pleito, sumario, caso, litigio, ideal, empresa, doctrina, partido y hasta bandera[3].

Pues bien, ¿a cuál de todo este sinfín de significados se refiere el derecho? Esta pregunta es la que llama poderosamente nuestra atención, y cuya respuesta no pocos quebraderos de cabeza ha generado a la doctrina durante la historia, de modo que en los próximos capítulos veremos cómo es que cada acepción ha tenido todo un tratamiento jurídico-institucional a partir de las demandas histórico-sociales que han determinado una específica escogencia. Entre tanto, veamos enseguida la definición de las principales concepciones en torno a la causa.

2. CAUSA NATURAL, FÍSICA O EFICIENTE

Es aquello por lo que algo se ha hecho *(id a qua aliquid fit)*[4], o mejor dicho, es el algo que constituye el origen de una cosa, el

2 LIZÁRRAGA, 1993. pp. 149 y ss.

3 DICCIONARIO DE SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS, 1988.

4 CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 169.

principio de una cadena de acontecimientos, la fuente, la etiología de un acontecer natural o histórico, el nacimiento estructural, la génesis de donde se produce algo, el prius, el momento inicial o la razón generadora de resultados y consecuencias.

De allí que la causalidad natural viene a ser la relación necesaria entre causa y efecto, en que éste es producido siempre por aquélla, relación que no aparece desorganizada ni anárquica sino que se presenta definida por una ley física que ya Newton adveraría con su histórica sentencia: "A TODA ACCIÓN CORRESPONDE UNA REACCiÓN DE LA MISMA INTENSIDAD PERO EN SENTIDO CONTRARIO."[5]

En otras palabras la causa eficiente o etiológica es el origen, la fuente, la razón de ser, el antecedente necesario que origina un efecto, un hecho[6], que por ser una relación tan básica constituye un principio elemental de filosofía por el que no hay efecto sin causa.[7] Esta ley de causalidad física explica satisfactoriamente el porqué de los eventos tanto en el ámbito de la naturaleza como de la historia, ya que constituye el PRINCIPIO que produce alguna cosa[8]: principio primario del cambio y del reposo.[9]

Por otra parte, la mayoría de los tratadistas coinciden en bautizar a esta causa con el rótulo de causa genética, y la explicación parece un tanto sencilla: se dice que en la cadena de la causalidad, una causa es a su vez efecto de una causa predecesora y, también, causa de un efecto que llevará el germen de una nueva causa. Es así que causa-efecto responden a un binomio perfecto cuya ley nos

5 CARBONELL LAZO, s.f.. p. 1080.
6 CABANELLAS, 1979. p. 109.
7 PÉREZ CABALLERO, 1987, p. 57.
8 GARCIA CALDERÓN. 1879. p.
9 VÁSQUEZ OLiVERA. 1990. p. 87.

notifica el desenvolvimiento de los sucesos. No estamos sino frente al viejo aforismo: "*causa causae*, *causa causati*" o "*causa causarum*" (la causa de la causa es causa de lo causado.)

Asimismo, sea prudente referir que esta ley física aplicada a la historia, y también al hombre constructor de la misma, aporta una invalorable utilidad al entendimiento de las circunstancias vivenciales. De aquí entresacamos este concepto para afirmar que el derecho viene influido por este principio medular del accionar humano[10].

No obstante, es necesario aclarar que entre el principio y el final del tramado de acontecimientos causales presididos por esta concatenación, no siempre nos pueden brindar resultados satisfactorios las causas más remotas sino las más cercanas. Esto ocurre sobre todo cuando, en derecho por ejemplo, se busca una determinada dirección debido a la multiplicidad de eslabones enlazados que reflejan lejanía extrema[11]. Es el caso de la respuesta de la ley positiva peruana -*ad exemplum*- que centra su análisis en la teoría de la causa próxima dentro de la institución de la resolución de contratos por inejecución de obligaciones (responsabilidad civil contractual.)

Y si seguimos con este razonamiento, también veremos una aplicación paladina del principio causal genético a las estructuras generales del derecho civil donde las causas de una obligación serán el contrato, la ley, el delito, etc.

Retomando la causa genética, no se piense que por ser una causa natural o física no tiene ascendencia con respecto a los fenómenos históricos; esta causa eficiente se adentra también en

10 El derecho, no se olvide, viene a ser una relación de alteridad, la misma que conforma una trilogía explicativa de su mundo jurídico definido por normas, conductas y valores en permanente reciprocidad simétrica.

11 CABANELLAS, 1979, p. 109.

las manifestaciones humanas, y como es el hombre quien hace la historia, ésta tampoco podrá escapar de su escalpelo relacional.

Nótese nuestra insistencia del influjo causal en los acontecimientos de la naturaleza y de la historia. En el campo llano de la natura, por ejemplo, el calor podrá ser causa del viento, puesto que cuando el aire se calienta tiende a elevarse, siendo éste, a su tiempo, causa de otros fenómenos dentro una interminable cadena de acontecimientos naturales.

Asimismo, en el terreno histórico, también podemos entender cómo se desenvuelven determinados sucesos, como por ejemplo el caso de la Revolución Francesa, que entre sus causas tendríamos la impetración socioeconómica de la fuerzas societales emergentes en colisión con las estructuras dominantes de fines del siglo dieciocho, las mismas fuerzas que están movilizadas a causa de poderosas leyes económicas que definen una nueva estructura socioeconómica en pugna con un obsoleto modelo feudal.

Por otra parte, este principio universal no solamente lo encontramos plasmado en la ciencia aplicada o en los avatares de la historia o el derecho, sino también en la cuna de muchas filosofías ancestrales como la hindú. En el Bagavad Gita (libro sagrado) la Ley del KARMA, ley de acción-efecto o ley de la justicia universal, junto con la del Dharma (sendero de vida) y la palingénesis, metempsicosis o reencarnación, nos recalca que toda acción tiene una reacción, no sólo en el plano físico, sino también en el aspecto humano y, por supuesto, moral[12].

12 De ahí que nada de lo que acontezca en el mundo pasa por casualidad, sino por causalidad, por Karma, pudiendo recibir el ser humano premios o castigos según su actuación en el mundo terreno. La solución para desencamarse de este cuerpo físico sujeto a esta ley, y por ende trascender a planos más sutiles lejos de la reencarnación, pasa por el cumplimiento de las leyes divinas las que, después con Buda, se pueden resumir en el Noble Óctuple Sendero, catálogo de ocho principios

La casualidad, el hado, el azar o la suerte, como el común de la gente opina[13], no existen. La casualidad es la ignorancia de la causalidad. Desde el plano más básico hasta los insondables recónditos más elevados del acontecer vital, histórico y biográfico, la causa se presenta como la realidad arbotante, cual hilo de ariadna que entreteje los acontecimientos vitales: Percepción harto entresacable por el actuar del sentido común (que en la época actual se constituye en el menos común de los sentidos).

Desde otro ángulo de percepción, no pretendemos filosofar sobre la posibilidad de la existencia de una causa incausada, que nos obligue a remontarnos a consideraciones de orden teológico sobre la existencia de un ser supremo, nuestra investigación escapa a tales resquicios[14*]. Antes al contrario, sin perjuicio de la justificada apología explicatoria de cualquier plataforma teologal, observamos que la ley de causalidad natural tiene íntima concomitancia con

---

de rectitud moral y humana, en aras del Nirvana prometido, en el marco de la recta acción que se distancie equilibradamente de los extremos (Aristóteles diría que la virtud es el justo medio, el meso término entre la acción y el defecto, virtud que nos conduce a la felicidad, objetivo del ser humano. Cfr. "Ética a Nicómaco"). Esto obviamente es una pálida síntesis de la filosofía védica, búdica y brahamánica, que no es nuestro menester desbrozar aquí.

13 Espinoza creía encontrar tres niveles de conocimiento: la opinión, la razón y la intuición. La primera la puede ofrecer cualquier mortal y responde a su experiencia básica en la medida de lo que observa y oye (Platón lo llamaría "doxa" o conocimiento vulgar); la segunda deviene de un conocimiento bien sustentado de la realidad, de un dominio mayor que puede dar1e posibilidades de cambiar1a ("episteme" según Platón); el tercer nivel corresponde a un estadio de conocimiento más elevado que entraña una apreciación global de los fenómenos, en una relación espacio-temporal histórica.

14 * En la teoría atomista podemos encontrar también un concepto anejo a la noción de sustancia eterna e incausada desde el pensamiento de Demócrito de Abdera (460 y 370 a.C), para quien la realidad viene compuesta por dos únicos elementos: el vacío y los átomos (atomein=sin división.) Siglos más tarde Einstein desintegrará el átomo y con la teoría cuántica de Planck se tiene que esta materia presuntamente indivisible e incausada está compuesta por pequeñísimas moléculas llamadas *quantum*; esto nos trae a colación la idea de que toda teoría es revisada y no permanece quieta o estática. (Cfr. CORNEJO, Miguel Ángel, 1996, pp. 14-17.)

la razón suficiente, la que, siguiendo a Ihering, nos enseña que nada en el universo procede de sí mismo (*causa sui*), sino que todo acontecimiento, léase modificación en el mundo, es la resultante de una modificación anterior necesaria para su existencia.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo expresado hasta aquí, esta ley de causalidad física, con su correlato moral, social e histórico no es una camisa de fuerza que impetra a que cada acción posea siempre el mismo tipo de resultado. Existen teorías que explican que entre la causa y el efecto hay caos, incertidumbre, o en todo caso libertad.

Muchos son los ejemplos que la misma naturaleza puede aportar y el hombre ratificar, en el sentido de ubicar a la libertad entre la acción y el efecto, como el caso del niño que sufría de polio y cuyo doctor no encontraba ninguna cura, no obstante ello, el tesón de su madre le impulsó a ejercitar sus músculos y después de mucho esfuerzo pudo volver a caminar: claro ejemplo de que no siempre todas las causas tienen el mismo efecto. De la misma forma tampoco podemos pensar en un tramado típico, ortodoxo y unívoco por donde circulen todas las leyes, las mismas que se comportan interactuando entre sí.

Como quiera que hayamos abordado sucintamente el tema de la causa eficiente y la ley de la causalidad dimanante, aplicada tanto a la estructura natural como a los planos histórico, humano y moral, creemos importante revisar la dirección filosófica de la causa, materia del próximo punto.

3. LA PERSPECTIVA FILOSÓFICA

Ya en los párrafos anteriores adelantamos ciertas ideas con respecto a la visión filosófica del principio de la causa eficiente, tanto en su desenvolvimiento físico-natural, histórico y jurídico, en que la

noción natural era entendida como el fundamento u origen de algo[15]. En este rubro, es perentorio precisar cómo es concebida la causa desde una aproximación filosófica *per se*, a partir de las concepciones iluminadas desde diferentes cunas del pensamiento.

3.1. Posición de Distintas Corrientes del Pensamiento

a) El Materialismo

Para el materialismo la causalidad se presenta como un elemento objetivo y universal, donde los nexos causales son lazos de las mismas cosas que existen fuera e independientemente de la conciencia.

b) El Idealismo Subjetivo

En cambio, en el idealismo subjetivo, o bien se niega en general la causalidad reduciéndola a una mera sucesión de sensaciones habituales para el hombre, como lo postula Hume, o bien se presenta como un nexo necesario que el sujeto cognoscente aporta al mundo de los fenómenos, caso de Kant.

c) El Idealismo Objetivo

Aledaño al pensamiento de la postura anterior, el idealismo objetivo puede llegar a reconocer la causa independiente del sujeto cognoscente, pero examina sus bases y raíces en el espíritu, idea o concepto.

d) El Materialismo Dialéctico

De otro parte, el materialismo dialéctico presenta un carácter objetivo y universal de la causalidad, donde la causa y el efecto aparecen como momentos de una interacción en que el efecto determinado por la causa, desempeña a su vez un papel activo,

15 DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO SALVAT, 1985, p. 786.

ejerciendo, como lo hemos anotado *ut antea*, acción inversa sobre la causa[16].

Veamos a continuación cómo es que, más allá de estas posturas filosóficas existe un número de variables determinadas de causa, a partir de las cuales el futuro camino causídico (institucional-histórico) se nos iluminará en el recorrido de la presente investigación, para ello recurramos al ilustre pensamiento de Aristóteles.

3.2. Sistema Aristotéllco

En esta perspectiva no podemos pasar por alto el enjundioso magisterio de El Estagirita, quien en su "Física" considera las causas como principios del ser, razón de su existencia, distinguiéndose cuatro tipos: **causa material:** aquello de lo que se hace una cosa; **causa formal:** la forma o modelo que determina la esencia del objeto; **causa eficiente:** el agente que produce el cambio; y **causa final:** el fin por el que se hace la obra. Estas cuatro causas operan juntas, una en relación con la otra en una dirección cierta.

Nótese bien, además, que cuando aludimos a la causa formal no nos estamos refiriendo al estado geométrico que puede gozar un objeto, porque de ser así tendríamos múltiples problemas, por ejemplo, al tratar de averiguar la forma de un zapato que goza de variadas formas. Aristóteles piensa que la causa formal consiste en el estado que asume un objeto después de un cambio, por ejemplo si pinto una silla verde de rojo, la causa formal será la condición que asume el objeto al poseer ese nuevo color; o cuando un globo se infla y cambia de estado; o cuando en un partido de tenis la bola impulsada por la raqueta del oponente no es recepcionada, yendo a descansar al otro lado de la cancha de tenis: la causa formal estaría constituida por el lugar donde se encuentra la bola después de su trayecto (la causa

16 ROSENTAL-IUDIN, 1960. p. 63.

material sería la bola de tenis; la eficiente, el agente que proyectó la bola -conjuntamente con la fuerza de gravedad-.)

Ahora bien, hay situaciones en las que la causa formal no coincide con la final, como cuando, en el caso de la persona que pinta de rojo una silla verde, la causa formal que es el rojo resultante no tendría nada que ver con el propósito que se propuso la persona al pintar la silla, que pudo haber sido el querer que el color de las sillas combine con el del ambiente en el que se encuentran u otro motivo irrelevante; en cambio, pueden darse casos en los que las causas formal y final coincidan, como en el caso del tomate madurado por los rayos del sol, en que su estado de madurez constituiría a su vez causa formal y también causa final del cambio, porque no podríamos decir que el sol se propuso cambiar el color del tomate a uno rojo, con el propósito de dar indicios de su carácter comestible[17].

Otros ejemplos donde la causa formal es la misma que la final, los encontramos en la erosión que ejercen las olas del mar sobre una roca que en cada momento ve decrecer su tamaño, (la causa final y formal radican en la nueva condición en la que se encuentra la roca a cada momento); lo mismo ocurre con el citado ejemplo de la bola de tenis que al ser desplazada de un lugar a otro, siendo el nuevo lugar donde reposa la causa formal y también, por ende, la final.

Por otra parte, Aristóteles piensa que la causa final radica en ciertos objetos desde el momento de su nacimiento, como por ejemplo en la semilla de un roble conviven las causas formal y la final, en el sentido de que ésta llegará a ser, en el futuro, un robusto roble: El árbol de roble en que se convertirá esta semilla al completar su desarrollo, es el fin al que está destinado dicha semilla por la simple virtud de ser tal; lo mismo ocurriría si se tratará de un grano de maíz,

17 ADLER. 1985, pp. 35-44.

el que después del proceso de nutrición se convertirá en una planta de maíz. En estos casos el fin preexiste, está potencialmente presente en el objeto, lo único que queda es esperar su futuro desarrollo. A esto Aristóteles le llamó "entelequia", la que es diferente de un objeto a otro, de modo que la entelequia de la semilla de roble es diferente de la entelequia del grano de maíz (modernamente hablaríamos, en el caso concreto del ser humano desde una perspectiva bio-psíquica, de código genético.)

De modo que estas cuatro causas, que coexisten en una cierta dirección, El Estagirita las estudia también en su "Metafísica" en la que distingue, además, entre causas esenciales y causas accidentales, así como entre causas en potencia (que son las que necesitan ser actuadas, que están en disposición de pasar al acto) y causas en acto (que han pasado de la potencialidad a la actualidad.) Sin embargo, son las cuatro causas referidas las que han organizado el pensamiento causal y brindado un nuevo lenguaje a la juridicidad, a partir del cual las diferentes líneas del pensamiento jurídico han esbozado sus distintas posturas a lo largo de los tiempos y espacios.

Posteriormente la filosofía tomista se apropiará de la concepción aristotélica estableciendo una serie de distinciones entre causas intrínsecas (eficiente y final, que permanecen distintas al efecto); reduciendo la causa formal a la causa ejemplar (la que existe en la causa eficiente principal en forma de "idea") y otorgando especial importancia a la causa final (derivándose entonces el finalismo: toda agente obra por un fin.)

De esta manera estamos ya en condiciones de dar una breve revisión a las direcciones troncales que han definido el camino jurídico de la causa, sin adentrarnos aún en el estudio detallado de sus variantes y estructuras internas, las que serán materia de un profuso tratamiento posterior.

4. PERFIL JURÍDICO:

Como es obvio, nuestra aproximación definicional, bajo este título, no puede sino cobijar una somera referencia a la perspectiva jurídica, la que constituirá el tenue reflejo de un estudio más profundo y ulterior.[18]

Comencemos predicando claramente la existencia de dos leyes meridianamente separadas: la ley de causalidad natural y la ley de causalidad jurídica. La primera define la relación de cómo suceden las cosas en la realidad, donde todo ser y acontecer reales tienen necesariamente su causa; y la segunda percibe una adaptación del anterior basamento conceptual aplicado al mundo jurídico, donde aparecen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica.

En este orden de cosas: la causalidad jurídica se distingue de la natural en el sentido de que esta última determina la relación de cómo suceden las cosas en la realidad mientras que la primera se pronuncia sobre cómo deberían ocurrir éstas de acuerdo a las prescripciones de la ley[19].

En la teoría pura del Derecho, Kelsen[20] explica que existen ciencias causales y ciencias normativas; dentro de las primeras podemos encontrar a la psicología, etnología, historia y la sociología (ciencias sociales) que explican las conductas humanas estableciendo

---

18 Descartamos, desde ahora y por razones obvias, la acepción causídica que ve en ésta el caso judicial promovido ante los tribunales, (Cfr. PEREZ CABALLERO, 1987, p. 57), vale decir, que no nos estamos refirendo a la razón, fundamento, interés material o moral de la pretension deducida en juicio o al conjunto de actos del mismo tipo que le brindan congruencia procedimental. Esta voz proviene del latin "causa-ae", que equivale a motivo, proceso, asunto o cosa, (si se gusta del francés *causae*, del italiano *causa*, del portugués *causa*, del ingles *cause*, *case*; del alemán *grund*, *prozess*: Cfr. COUTURE, 1983, p. 138). Es decir, que este concepto se circumscribe a una noción jurídico-causal-procedimental de raíz netamenta curialesca, pero no es ésta la institución que queremos estudiar.

19 CARBONELL LAZO, s.f., pp, 1080-1081.

20 KELSEN, 1991. pp. 16 y ss.

entre ellas relaciones de causa a efecto, diferenciándose de la física, biología y la fisiología, por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar. Asimismo, existen otras ciencias sociales (exactamente ciencias normativas: ética y derecho) que no aplican el principio de causalidad sino el de imputación, ya que prescriben cómo deben desarrollarse las conductas humanas.

A partir de ello, Kelsen distingue la causalidad natural de la imputación normativa de la siguiente manera[21]: "La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. Dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos, es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona."

De allí podría quedar bien claro que para el derecho no se aplica el principio de causalidad que gobierna las conductas humanas en el ámbito de la naturaleza en el que no puede existir libertad, propia de la sociedad. Vale decir que las citadas ciencias físicas, sociológicas e históricas aludidas utilizarían el principio de causalidad para ver en la realidad concreta la forma en la que se encadenan sempiternamente las causas y los efectos, mientras que en el campo del derecho, en el que se desenvuelve la libertad, no podría utilizarse la herramienta del principio de causalidad porque no se ven concatenaciones al modo de causa-efecto, sino imputaciones de la norma a la conducta

21 KELSEN, 1991, p. 21.

determinada, es decir, deberes jurídicos de los hombres o ciertas consecuencias ante determinados supuestos.

Sin embargo, es el mismo Kelsen el que se encarga de hacer confluir la libertad que genera la imputación, con la causalidad en el terreno del determinismo[22]: "Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser intepretadas a la luz de las normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar por eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo son el efecto de ciertas causas. Inversamente, **la imputación de una pena a un crimen o de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas**, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, **si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le está atribuída en el orden social, no es incompatible con la causalldad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza.** Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres presupone por sí mismo el determinismo de las leyes causales."

22 KELSEN, 1991, pp. 26 y 27.

Con esta cita sumamente esclarecedora podemos concluir dos cosas. En primer lugar, que la libertad del hombre que funciona en el ámbito de la sociedad no es una institución que desconozca las leyes causales del determinismo o causalismo del orden de la naturaleza, sino que su misma libertad está imbuída de causalismo, y el hombre, antes de ser receptado en su conducta por el derecho, cumple, aún sin quererlo, leyes de causalidad natural y desarrolla, aún sin notarlo, su libre albedrío. Es por ello que Kelsen dice, al final de la cita, que el principio de imputación presupone el determinismo de las leyes causales, con lo que afirma la interrelación de la libertad con la causalidad.

Lo que ocurre es que el derecho atrapa la conducta del hombre, pero la atrapa para imputarle consecuencias analizando su libre albedrío productor de conductas que obedecen a ciertas causas anteriores.

La otra conclusión que podemos rescatar es que cuando el derecho actúa imputando consecuencias ante determinados supuestos de la conducta humana, la estructura misma de la norma responde también a una causalidad básica en el sentido de que ella liga una causa e imputa una consecuencia. En este sentido no podrá imputarse una consecuencia si no se produce una determinada causa en la realidad.

De la misma forma, al momento de aplicar la norma a una conducta estudiada, deberá estudiarse también cuáles fueron las causas que indujeron a la realización de dicha conducta que consituye el punto final de la imputación. Es decir, existe una causalidad inmediata que el derecho recoge de la realidad, de la naturaleza, de la conducta humana para saber cuáles fueron los móviles o las causas productoras de una conducta que le sirve de material de juzgamiento. En concreto nos referimos a la teoría de la inejecución

de obligaciones (responsabilidad contractual), en la que la causa inmediata debe ser utilizada como herramienta de análisis a tenor del artículo 1321 del Código Civil de 1984, en la que debe demostrarse, a efectos del resarcimiento por la inejecución de la obligación, que tanto el lucro cesante como el daño emergente resultan ser consecuencia directa e inmediata de la inejecución planteada. En este sentido, la causalidad responderá a un tratamiento elemental para poder arribar a conclusiones valederas.

De otra parte, no estamos muy de acuerdo con Kelsen al pensar que las ciencias sociales como la historia o la sociología sólo *trabajan* con el principio de la causalidad y el determismo consecuente en el terreno de la naturaleza, dejando de lado la libertad al orden social para definir ciencias normativas (ética y derecho). Creemos que ambos elementos interactúan también dentro de su esfera de estudio, ya que el hombre como protagonista de la historia en un marco social se enfrenta al mundo no sólo desde perspectivas causales, sino también desde trebejos en los que la libertad campea.

En todo caso, podemos arribar a la conclusión de que un determinismo ausente de libertad podría plantearse para los esquemas mecánicos de la física o química en los que toda acción provocará una determinada reacción prevista y anticipada, aclarando que existen teorías que, aún al interior de estas ciencias, postulan que el determinismo no es tan mecánico y que podrían darse otras consecuencias como por ejemplo el movimiento de los electrones al interior de los átomos.

Entonces podemos descubrir la presencia de dos principios causales con una identidad similar: una atiende al ser; la otra, al deber ser. No obstante ello, nos encontramos todavía en la mera aplicación del principio causal genético a esquemas legal-normativos con marcado sabor estructural a norma jurídica: “si A...entonces B”,

supuesto-condición y respuesta consecuente, y también se postula la ya aludida teoría de la causalidad próxima en la institución de la inejecución de obligaciones (responsabilidad civil contractual); sin embargo, ésta no es la noción jurídico-causal que pueda darnos luces acerca del problema sempiterno que el derecho enfrenta frente a la causa, vale decir, no es a través de la noción de causa genética por donde podremos alcanzar un conocimiento claro de lo que se pretende explicar a través de la causa en el derecho.

Esto es sumamente relevante reiterar: la causalidad física aplicada a la naturaleza, al derecho, a la historia, a la moral, etc., es cierta e importante. Nadie pretenderá negar esta causalidad genética que en sí responde a una ley de la naturaleza, sin embargo, las nociones que las legislaciones y las doctrinas subsecuentes pretenden postular, desean no sustentarse sobre la estructura de la causa fontanal o etiológica, o al menos intentan no hacerlo en este sentido, sino que ambicionan darle un cariz que, sin negar la causalidad física, se adentre en consideraciones netamente jurídicas tales como la causa-fin, causafinal, causa-función, etc.

Pero antes de penetrar en el estudio formal de la causa, veamos cómo es que la causalidad natural brinda su influjo a los trebejos psicológicos de la voluntad.

4.1. Aplicación de la ley de causalidad física al proceso psicológico de la voluntad

El postulado de la razón de la causa genética, confirmado por la experiencia (poderoso criterio de verdad), rige también los dictámenes de la voluntad, ya que sin razón suficiente una manifestación de voluntad es tan inconcebible como un movimiento de la materia sin causa material.

De lo anotado podemos concluir que dicha ley universal, cuando se manifiesta en la naturaleza inanimada resulta ser de esencia

mecánica (*causa efficiens*), mientras que cuando se refiere a la voluntad posee una esencia psicológica, la misma que obra en virtud de un fin u objetivo (*causa finalis*).

De esta forma, un acto de la voluntad sin causa final, constituye un imposible tan absoluto como el del movimiento de una piedra sin causa eficiente: ley de causalidad psicológica en el primer caso, mecánica en el segundo: La ley de causalidad afirma que no hay efecto sin causa; la ley de finalidad asevera que no hay querer o acción sin un fin.[23] Advirtamos que la ley de finalidad es la misma causalidad aplicada a los avatares psicológicos del ser, es su causa final.

En esta senda es necesario aclarar que, en atención a lo sostenido anteriormente, la ley de causalidad jurídica constituye el receptáculo de la ley física de causalidad genética introducida en los más variopintos confines del acontecer humano. Sin embargo, algunos autores hablan de la causalidad jurídica, no entendida en este sentido -que resulta ser obvio- sino en la vía de aplicación del finalismo (causa final de la voluntad) a la estructura del acto o negocio jurídico y del contrato en particular.

Ahora bien, esta causa jurídica, que no repugna la causa genética como contenido supuesto, tiene múltiples acepciones, ya se refiera a la noción que postula la causa clásica, o al neocausalismo, o a las teorías de la causa como función, pasando por posturas sincréticas y unitarias, lo que será materia de un detenido tratamiento en las próximas páginas.

4.2. La causa jurídica

A partir de las explicaciones *ut supra* yuxtapuestas, si bien la causa eficiente es el fundamento u origen de algo, la causa jurídica

23 VON IHERING, s.f., p. 8.

se proyecta bajo la sombra de la causa-fin o causa final (cuyas disquisiciones terminológicas las precisaremos en el ínterin de esta investigación), constituyendo el fin con que se hace o por lo que se realiza una cosa, o hasta el motivo o razón para obrar,[24] sin descuidar los planteamientos de la doctrina italiana de la causa asumida como función que, en buen romance, no son parte del finalismo, pero sí de la causa jurídica.

En este sentido la causa podrá ser analizada desde muy diversas perspectivas, así según la teoría clásica (postulación del Código Civil Francés de 1804) será el fin inmediato y directo, motivo abstracto y típico siempre igual para una misma categoría de contratos, por el cual cual una persona se obliga frente a otra,[25] pudiendo ser, *verbi gratia* en los contratos bilaterales, la causa de la obligación de una parte (entregar una casa en venta) en la obligación correlativa de la otra (pagar el precio)[26] o bien en la ejecución de la prestación prometida por la otra parte.[27]

Asímismo, desde la perspectiva neocausal se predica que la causa es un motivo determinante, impulsivo y concreto, subjetivo, espiritual y psicológico, constituido por el motivo o razón por el que se obra,[28] o motivo que induce a cada una de las partes al acto o contrato,[29] el que ha de ser real y lícito. Es decir que la causa final será un elemento esencial del acto jurídico entendido como la finalidad perseguida por el sujeto que celebra el acto, donde el agente considera inicialmente

24 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 1964, p. 294.
25 RAMIREZ GRONDA, 1976, p. 72.
26 BARROS ERRÁZURIZ, 1930, pp. 137-138.
27 CAPITANT, 1986, p. 105.
28 GARCIA CALDERÓN, 1879, p. 373.
29 FLORES POLO, 1987, p. 420.

el resultado que quiere alcanzar y luego escoge los medios para su realización.[30]

En cambio, otros creerán que la causa asume una función económico-social o hasta jurídica, genernando una tipicidad social o jurídica que brinde vinculatoriedad jurídica a aquellos negocios que cumplan los elementos estipulados previamente por el tipo.

Brevemente pasaremos revista a las teorías en tomo a la causa jurídica:

a) Teorías Objetivas

Algunos autores consideran dentro de las teorías objetivas los postulados de la teoría clásica, por cuanto la tipicidad normativa captura la voluntad de los agentes en determinados cánones preconcebidos por la ley, siendo la causa la misma figura para cada categoría de contratos de la misma naturaleza, independientemente de la voluntad de las personas, lo que hace posible distinguirla de la teoría neocausal de corte subjetivo y psicológico. Sin embargo, otros autores prefieren considerar la orientación clásica dentro de las teorías subjetivas por cuanto pretenden avizorar un motivo abstracto que la ley recoge.

De seguir a los especialistas que postulan la teoría clásica dentro de los parámetros objetivos, se entendería la causa-fin como el motivo típico y abstracto que se da uniformemente en todos los actos jurídicos de la misma especie, sin considerar las motivaciones personales, donde el motivo es impuesto por la naturaleza del contrato ya sea sinalagmático, real, o gratuito; es el caso de una compraventa en la que se transfiere la propiedad de un bien con la esperanza de recibir: o un precio pagado en dinero, o la obligación de la contraparte o la ejecución de la misma obligación, o el dinero mismo, según la

30 CHANAMÉ ORBE, 1995, p. 93.

específica sub-cantera jurídica de análisis. A esta causa clásica la denominamos *causa-pedigree* por cuanto el operador jurisdiccional tendrá que examinar el origen de la causa de una obligación en la obligación correlativa, la misma que puede desembocar o bien en este juego correlativo obligacional, en la causa fuente, en el objeto o hasta en la voluntad misma cuando se trate de negocios con ánimo de liberalidad.

Particularmente nosotros creemos que dentro de las teorías objetivas se encuentra la noción clásica de la causa por cuanto el fin inmediato y directo se encuentra desconectado de las consideraciones psicológicas, concretas, determinantes, impulsivas, subjetivas y psicológicas del agente, mudables de contrato en contrato y de contratante a contratante. Y en el caso de la causa clásica, el motivo típico y abstracto es derivado de la naturaleza de cada contrato independientemente de sus motivaciones psicológicas, es ese *pedigree* del que hablábamos el necesario para conectar la validez de una obligación encarnada en un origen correlativo.

Demás está reseñar que la teoría clásica de la causa, parte del Código Napoleónico de 1804, guiado por las ideas de Domat y Pothier, (que fueron sus inventores, para otros sólo sus sistematizadores), erigiéndose como la primera teoría orgánica de la causa que tuvo influjo en la mayor parte de los códigos causalistas latinoamericanos, y actualmente sigue aún con vida en la Francia contemporánea y en España pero aunado a una noción sincrética de causa en el saco del neocauslismo bilateral que luego discutiremos.

Por otra parte, nadie discute que dentro de las teorías objetivas podamos encontrar aquellas orientaciones que ven en la causa una función socioeconómica o simplemente una función jurídica, de cuño italiano, a partir del Código Civil de 1942. En atención a estas teorías la causa se convierte en una noción social, en la razón justificadora

del reconocimiento jurídico del negocio, función que se encuentra en el negocio jurídico y no en los contratantes, de allí su tipificación objetiva.

A las teorías objetivas que ven la causa en la función social del negocio, las denominamos *teorías de la causa-espejo*, porque lo único que hacen es reproducir como un espejo la función social que debe cumplir el derecho *in totum*, en los trebejos privatísticos del acto o negocio jurídico, vale decir que esta causa-espejo, reproduciría como novedad la enorme función social que el derecho desempeña en la sociedad, sólo como un ingrediente de los actos privados, cuando dicha función también se ejerce en el seno del derecho público.

Sin embargo, otros tratadistas creen que no sólo se debe hablar de la causa como función económico-social o jurídica, sino que es importante atender al propósito de los agentes de querer alcanzar ese fin socialmente relevante o jurídicamente amparable, que interesa al orden societal. De seguir esta insinuación, tendríamos una teoría ecléctica que consideraría la causa objetiva función, más el aspecto subjetivo consistente en el propósito concreto de los agentes de querer alcanzar tal función o finalidad socialmente relevante, con lo cual poco o nada se añadiría al discurso primigenio porque tanto el aspecto objetivo o subjetivo desembocan en la misma situación.

Nuestro criterio de clasificación, en este sentido, parte del análisis de la estructura interna que cada teoría le atribuye a la causa jurídica, y como vemos, tanto la teoría clásica como la de la causa-función, enancan su basamento causídico no en la perspectiva individual y psicológica sino en la naturaleza objetiva misma del negocio.

Por otra parte, la utilidad que puedan brindar las nociones objetivas en el plano de la práctica jurídica, estriba en el concepto de causa ausente o falta de causa, por cuanto ella podría invalidar aquellos

negocios donde falten los requisitos o elementos configuradores de la tipicidad normativa, social o jurídica; pero su gran falencia radicará en la confrontración y aplicación práctica de sus postulados frente a la causa ilícita, por cuanto si la causa se desprende de la propia naturaleza de las operaciones, es materialmente imposible encontrar una que no sea ilícita.

Sin embargo, como lo estudiaremos en profundidad posteriormente, esta pretendida utilidad de la causa ausente, puede alcanzarse a través del socorro de otras instituciones como, entre otras, el objeto entendido en su ancha significación; amén de todas las críticas que la causa clásica *pedigree* recibió por parte del anticausalismo que la presentó como una noción inútil, innecesaria, super-erogatoria e insuficiente.

Tampoco debemos olvidar las teorías que, junto a las que reputan la causa como una función socialmente relevante -dentro de los marcos de la teoría del negocio jurídico-, ven en la causa una función jurídica, en el entendido de que sólo serán vinculantes jurídicamente aquellas conductas previstas en el ordenamiento jurídico como tales. Obviamente que esta concepción resulta sumamente controlista, legalista y abstracta, con un control de la autonomía de la voluntad muy riguroso y limitante.

b) Teorías Subjetivas

Como lo manifestamos anteriormente, algunos tratadistas incluyen la causa clásica *pedigree* dentro de la estructura de las teorías subjetivas, por cuanto calculan que el fin o motivo es uno abstracto; es decir, se trata de un móvil abstracto siempre idéntico en actos de la misma naturaleza. Si considerarámos a la teoría clásica dentro de las teorías subjetivas, entonces tendríamos dos vertientes dentro de este rubro: la teoría clásica y la teoría neocausalista de carácter psicológico. Sin embargo, nuestra postura sostiene que las

teorías subjetivas sólo abrazan los planteamientos neocausalistas psicológicos y no los de la causa clásica, por las razones expuestas anteriormente.

Las teorías neocausalistas nacen como respuesta al anticausalismo que pretendió enterrar la utilidad de la teoría clásica *pedigree*. Para estas teorías neocausalistas la causa final está conformada por las razones y motivos que determinan la voluntad de cada sujeto que realiza el acto jurídico, pero no cualquier motivo sino sólo aquél que tenga una relevancia particular y sea compartido: la causa es vista como el móvil concreto, impulsivo y determinante (noción neocausal.)

Asismismo todas las causas finales no son uniformes aún en los actos jurídicos de la misma especie, ya que varían según las motivaciones de cada sujeto. El motivo debe ser determinante de la voluntad y debe ser manifestado en la celebración del acto jurídico. Son estas teorías subjetivas a las que apodamos de *teorías freudianas*, porque lo que hace el jurista, el operador del derecho, el investigador jurídico o jurisdiccional, etc. es examinar psicoanalíticamente un integrante infaltable de la voluntad cual es la motivación. Jamás el móvil va a dejar de estar presente en la voluntad de los agentes, y los neocausalistas se convierten en psicoanalistas del acto jurídico para descubrir esa motivación que pasa del mundo interno al externo: es un psicoanálisis del negocio, cual Freud jurídico que echa al negocio en el diván de su psicoanálisis para entresacar el móvil de la voluntad y separarlo de él.

Más tarde demostraremos cómo este desquiciamiento, esta disección de la voluntad en dos elementos, llega a tener una función importante en la solución de conflictos desde la perspectiva de la causa ilícita, cuando el móvil manifestado y compartido se rebela contra el orden establecido; sin embargo, como lo veremos

posteriormente, esta operación tan útil podría ser realizada echando mano de otros elementos más claros y útiles que los que la *causa freudiana* puede brindar.

c) Teorías Eclécticas o Unitarias

Para estas teorías la causa es visualizada como una fusión de los criterios anteriores (objetivo y subjetivo), los que no son excluyentes, divergentes ni incompatibles, pues para alcanzarse la satisfacción enunciada por la teoría subjetiva, debe utilizarse un mecanismo anunciado por la teoría objetiva. Sin embargo, en este rubro, cuando aludimos a las teorías objetivas nos estamos refiriendo a la teoría objetiva de la teoría-clásica-pedigree y no a la causafunción o causa-espejo en su doble vertiente económico-social o jurídica.

Es decir que estamos frente a unas teorías denominadas del neocausalismo bilateral y el sincrético. La primera (neocausalismo bilateral) entiende la causa como la unión de la noción objetiva de la causa-clásicapedigree, más el móvil concreto, impulsivo y determinante del neocausalismo psicológico o causa-freudiana (postura que predomina en la Francia actual); mientras que por su lado, la postura sincrética postula que la causa engloba no sólo a los motivos abstractos y típicos de la causa clásica sino también, en ciertas circunstancias, a los concretos y determinantes del neocausalismo psicológico de la causa freudiana, con el fin de combatir los negocios con causa ilícita.

De otro lado, aquellos autores que consideran la causa-función o causaespejo dentro de las estructuras de las teorías objetivas, haciendo exclusión de la teoría clásica de la causa -que la reconducen a las teorías subjetivas junto a las neocausales psicológicas del motivo determinante y concreto de la causa freudiana-, explican que la causa tiene doble aspecto: uno objetivo explicado sólo por la causa-función-espejo (cuya utilidad es tratar los supuestos de ausencia de causa)

y por otra parte comprende una dimensión subjetiva, conformada por las explicaciones del neocausalismo psicológico, que describe la causa como el móvil determinante y concreto presente en ciertos supuestos, en los que puede invalidar negocios con causa ilícita. A esta última postura la denominamos neocausalismo hiper-sincrético por cuanto añade al neocausalismo psicológico clásico francés la figura italiana de la causa-función.

Ahora bien, algún sector de la doctrina piensa que la gran utilidad de la teoría de la causa se encuentra en la construcción de la estructura del negocio jurídico como figura diferente al acto jurídico, punto que estudiaremos en capítulos posteriores.

5. CONCLUSIONES

A partir de lo expresado anteriormente, podemos entresacar las siguientes conclusiones preliminares:

1. En el plano natural, la ley de causalidad física (causa eficiente) predica que no hay acción sin efecto y viceversa, siendo esta causa genética perfectamente aplicable a los ámbitos humano, histórico, jurídico y moral.
2. Aristóteles destaca cuatro subtipos de causa: material (aquello de lo que se hace una cosa), formal (forma o modelo que determina la esencia del objeto), eficiente (el agente que produce el cambio) y final (el fin por el que se hace la obra). En ciertas ocasiones causa formal y final coinciden, ya sea para la obtención de un nuevo estado del objeto, o en la forma de entelequia.
3. La ley de causalidad natural define la relación de cómo suceden las cosas en la realidad, donde todo ser y acontecer reales tienen necesariamente su causa; y la ley de causalidad jurídica constituye una adaptación del anterior basamento

conceptual aplicado al mundo jurídico, donde aparecen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. De modo que no se puede negar una ley física como es la de causalidad natural, que, aplicada al mundo de la naturaleza, historia, moral y derecho, es cierta y tangible.

4. A la naturaleza inanimada le corresponde una ley mecánica (*causa efficiens*) y a la naturaleza psicológica, que preside los actos de voluntad, le pertenece una ley de finalidad (finalismo) por cuanto se persigue un fin u objetivo (*causa finalis*). Esta causa final es la que motivará la elaboración de muchas postulaciones desde la perspectiva del causalismo y neocausalismo.
5. La causa jurídica -sin despreciar el contenido etiológico de la causa física puede ser definida desde las canteras de la causa-fin, causa-final (finalismo), causa-función, o de las posturas sincréticas o unitarias.
6. Dentro de las teorías objetivas de la causa se encuentran las nociones predicadas por la *teoría-clásica-pedigree* de la causa que ve en ella la contraprestación esperada; y por otro lado los postulados de la teoría de la causa como función económico-social o jurídica o *causa-espejo*, que explica una tipicidad social en el corazón del negocio jurídico (función socialmente relevante). Tampoco olvidemos la teoría de la causa como función jurídica por medio de la cual los negocios sólo serán vinculantes jurídicamente si estuvieran previstos anteladamente por el ordenamiento jurídico.
7. En el seno de las teorías subjetivas, no se encuentra la teoría clásica objetiva, sino sólo la teoría neocausal psicológica o *causa-freudiana* que considera la causa final como el motivo concreto, impulsivo, determinante, espiritual, psicológico y subjetivo de la voluntad de los agentes en el marco del negocio en cuestión.

8. Dentro de las teorías sincréticas o unitarias tenemos aquellas denominadas del neocausalismo bilateral e sincrético. La primera (neocausalismo bilateral) fusiona la concepción objetiva de la teoría clásica pedigree junto a la noción subjetiva del neocausalismo psicológico o causa freudiana. La segunda (neocausalismo sincrético), cree que la causa es el motivo abstracto y típico (causa clásica), que en algunos supuestos incorpora al motivo concreto y determinante para invalidar negocios con causa ilícita.

Sin embargo, hay otra corriente *sui generis* denominada del neocausalismo hiper-sincrético, que sostiene que la causa tiene dos dimensiones: una objetiva conformada sólamente por la causa-función espejo (no comprendiendo en éstas a la teoría clásica *pedigree* que la ubica dentro de las concepciones subjetivas junto al neocausalismo bilateral o el sincrético), y otro cariz subjetivo conformado por el discurso del neocausalismo psicológico ya reseñado.

TEORIAS SOBRE LA CAUSA

	CAUSA OBJETIVA (CAUSA CLÁSICA)	CAUSA SUBJETIVA (NEOCAUSALISMO PSICOLÓGICO)	TEORÍAS ECLÉCTICAS O UNITARIAS			CAUSA FUNCIÓN (Causa Espejo)		
TIPO DE CAUSA	Cusa clásica-objetiva o *causa pedigrí* (para algunos subjetiva): Domat y Pothier	Causa Subjetiva o psicológica –neocausalismo psicológico- (*causa freudiana*): Bonnecase	Neocausalismo bilateral (Josserand)	Neocausalismo sincrético (Capitant)	Neocausalismo hipersincrético	Causa entendida como la función jurídica (Pugliatti, Trimarchi).	Causa entendida como la función socialmente relevante (Betti).	Causa como función económico-individual (Ferri)
CARACTERISTICAS	Corresponde a la noción clásica de causa.	El motivo manifestado y conocido o conocible constituye el fin determinante.	Causa clásica + causa psicológica (siamés con dos cuerpos)	Causa clásica, y algunas veces causa psicológica (hidra con dos cabezas)	Una sola noción de causa con dos matices: uno objetivo (causa función socialmente relevante) y otro subjetivo (causalismo psicológico)	Sólo son vinculantes jurídicamente aquellas conductas previstas por el ordenamiento como tales.	El negocio debe estar dirigido al logro de una función socialmente trascendente o relevante, que responda a un interés social.	La causa cumple la función de amalgamar o pegar los propósitos subjetivos de las partes con la estructura objetiva y concreta de la regla negocial.

Capítulo II
LA HERENCIA DEL DERECHO ROMANO

1. Introducción: 2. - El Corpus Juris Civilis frente a la Contratación. 2.1. De Las Obligaciones según las Instituciones de Justiniano. 2.2. Tratamiento del Digesto sobre los Pactos. 3. De la Causa de las Obligaciones. 4. Diversas Clases de Contratos y el Contrato Según Labeón. 5. Evolución del Contrato. 5.1. Negocios *Per Aes Et Libram*. 5.2. El Nexum. 5.3. Stipulatio y Cautio. 5.4. Contratos Reales. 5.5. Contratos Consensuales. 6. De los Contratos Innominados y la Causa del Contrato en Aristón. 7. De Los Contratos y los Pactos. 8. Sistema de Condictiones. a). *Condictio Sine Causa*. b). Condictiones en Contratos Innominados y demás. e). Condictio *Ob Turpem Vel Iniustam Causam. d). Querella Non Numeratae Pecuniae* (*Exceptio Non Numeratae Pecuniae*). e). *Exceptio Non Adimpleti Contractus*. f). El pacto comisorio. g) Corolario 9. De los Diversos Significados de la Causa en el Derecho Romano. a). La Causa como supuesto de Hecho: "*Facti Species*". b). En Servidumbres se habla de *Causa Perpetua Servitutis*. c). La Causa como Motivo Subjetivo. *d*). Causa Como Antecedente del Negocio Jurídico. e). La Causa en l*a Traditio*. f). La Causa en las Condictiones. g). Causa como Fin Práctico. 10. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la causa en el derecho romano es, tal vez, uno de los más apasionantes que deben abordarse primigeniamente para estar premunidos -y curados en salud de posibles enfermedades futuras- de las más elementales herramientas doctrinarias que nos brinden el pertrecho suficiente para poseer un sustento escrutador firme, a partir del cual podamos, con toda claridad, discriminar si los

antecedentes de una determinada teoría esbozada por un sistema legislativo determinado o tratadista contemporáneo son acertados o erróneos. Esto ocurre por el consabido y necesario escarceo en el pasado, tratando de encontrar las huellas de una institución, del posible antecedente de su determinada naturaleza jurídica o tratamiento particular del tópico en cuestión.

Los romanistas modernos enfrentan un sinnúmero de vacilaciones al momento de interpretar las fuentes romanas de la causa, debido a la falta de organicidad y ausencia de una formulación integral de la causa, porque Roma no aporta al mundo una teoría unitaria de ella. No aparece en Roma una estructura orgánica de la causa, y esto en parte se explica por el típico formalismo que presidió las instituciones romanas y por el carácter eminentemente práctico del espíritu romano, esquivo en sus fines y origen, así como renuente a formulaciones teóricas.[31]

En esta medida, es que requerimos analizar la forma en que la contratación fue asumida en el espectro romano.

2. EL *CORPUS JURIS CIVILIS* FRENTE A LA CONTRATACION

Antes de precisar nuestros conceptos acerca de las formas de contratación en el Derecho Romano es importante revisar los textos básicos en los que se aborden estos temas con suficiente amplitud y originalidad: nos estamos refiriendo en concreto a las Instituciones del Emperador Justiniano y al Digesto. Ello nos permitirá tener un panorama claro a partir del cual podamos brindar nuestro criterio escrutador.

31 MARIN PÉREZ, 1983, p. 179.

2.1. De las obligaciones según las instituciones del justiniano

Vamos a ver ahora la forma mediante la cual es tratado el tema de las obligaciones según las Institutas del Emperador Justiniano y, en especial, el asunto referido a las obligaciones que nacen del contrato y los diferentes tipos de éste.

INSTITUTA: LIBRO III

TÍTULO XIII
DE LAS OBLIGACIONES[32]

Ahora pasemos a las obligaciones. La obligación es un vínculo de derecho formado según nuestro derecho civil, y que nos obliga a pagar alguna cosa.

1. Todas las obligaciones se reducen a una división principal de dos clases, y son, o civiles, o pretorianas. Civiles, las que han sido o establecidas por las leyes o reconocidas por el derecho civil. Pretorianas, las que el pretor ha constituido en virtud de su jurisdicción: estas últimas se llaman también honorarias.
2. Una división subsecuente las distingue en cuatro especies, porque nacen o de un contrato o de un cuasi contrato, o de un delito o de un cuasi delito. Tratemos primero de las que nacen de un contrato, y que se subdividen en cuatro especies; en efecto, se forman por la cosa, o por las palabras, o por escrito, o por el solo consentimiento. Tratemos de cada una de ellas.

32 ORTOLAN, 1847, pp. 103- 119.

TÍTULO XIV
DE QUÉ MANERA LAS OBLIGACIONES SE CONTRAEN POR LA COSA

La obligación se contrae por la cosa, re, por ejemplo, por la dación de un *mutuum.* Esta dación sólo se aplica a las cosas que se pesan, se enumeran o se miden, como el vino, el aceite, el trigo, la plata acuñada, el metal, la plata y el oro: dando estas cosas en número, medida o peso, es para que se hagan propiedad de aquellos que las reciben; de tal manera que deban devolvernos, no las mismas cosas, sino cosas de la misma naturaleza y de la misma calidad. De donde se ha tomado el nombre de *mutuum*, porque lo que yo te doy, de mío se hace tuyo. De este contrato nace la acción llamada de *condictio.*

1. Aquél que recibe un pago que no le es debido y que se le hace por error, está obligado *re*, se da contra él al demandante, para repetir contra él mismo, la acción *conditia.* En efecto, la condición si parece que deba dar, puede intentarse contra él absolutamente como si hubiese recibido un *mutuum.* También el pupilo, a quien por error y sin autorización del tutor se le ha hecho un pago no debido, no está más obligado por la condición de no debido, de lo que lo estaría por una dación de *mutuum.* Por lo demás, la especie de obligación de que aquí se trata no parece provenir de un contrato pues el que da con el objeto de pagar, juzga más bien extinguir que producir una obligación.
2. Aquel a quien se entrega una cosa para que se sirva de ella, es decir, en comodato, se halla también obligado *re*, y lo está a la acción *commodati.* Pero se diferencia mucho del que ha recibido en *mutuum*, porque la cosa no se le da en propiedad, y, por consiguiente, se halla obligado a restituir idénticamente la misma. Fuera de esto, aquel que ha recibido una cosa en *mutuum*, si llega a perderla por cualquier caso fortuito, como por

incendio, naufragio, ladrones u otros enemigos, no queda menos obligado: en cuanto al que ha recibido una cosa en comodato, debe, sin duda, aplicar a su custodia un gran cuidado, y no le bastará haber puesto el mismo cuidado que acostumbra poner en las cosas suyas propias, si una persona más cuidadosa hubiese podido conservarla; pero no está obligada a casos fortuitos o de fuerza mayor, si no han sido causados por culpa suya. Pero si tú llevas a un viaje la cosa que te ha sido prestada en comodato, y la pierdes por naufragio o por acometida de ladrones u otros enemigos, no es dudoso que estés obligado a restituirla. No hay comodato propiamente dicho sino cuando el servicio de la cosa ha sido concedido sin ninguna retribución ni obligación de retribución; desde el momento que hay retribución se ve en el acto de arrendamiento, porque el comodato debe ser gratuito.

3. Aquel en cuyo poder se halla depositada una cosa, queda todavía obligado *re*, y obligado por la acción de depósito; porque deber restituir idénticamente la cosa que ha recibido. Pero sólo es responsable del dolo que hubiese cometido, y no de su culpa, es decir, que su incuria y negligencia: está pues en seguridad si la cosa, guardada con poca vigilancia, le ha sido robada: en efecto, aquel que ha confiado la custodia de su cosa a un amigo negligente debe imputar esta pérdida a su propia imprudencia.
4. En fin, el acreedor que ha recibido una prenda, está también obligado *re*, porque lo está por la ación *pigneratitia* a restituir idénticamente la cosa que ha recibido. Mas como la prenda se da en interés del deudor, para hacerle que más fácilmente halle dinero, y en el del acreedor para asegurar mejor su crédito, se ha decidido que bastaría que el acreedor aplicase a la custodia de la prenda un gran cuidado; mas si a pesar de este cuidado pierde la cosa por algún caso fortuito, se halla al abrigo de toda responsabilidad, y nada impide que recobre su crédito.

TÍTULO XV
DE LA ACCIÓN POR PALABRAS

La obligación por palabras se contrae por medio de una sola interrogación y una respuesta, cuando estipulamos que nos será dada o hecha alguna cosa. Produce dos acciones, la condictio, si la estipulación es cierta, y si es incierta la acción *ex stipulatu*, cuyo nombre procede de *stipulum*, que entre los antiguos significaba *firme*, y que probablemente se deriva de *stips* (estirpe.)

1. En otro tiempo las palabras usadas en las estipulaciones eran las siguientes: Spondes (respondes)? Spondeo (respondo). Promitis (prometes)? Promitto (prometo). Fidepromittis (prometes sobre tu fe)? Fidepromitto (prometo sobre mi fe). Fidejubes (te haces fideyusor)? Fidejubeo (me hago fideyusor). Dabis (darás)? Dabo (daré) Facies (harás)? Facial (haré). Por lo demás, que la estipulación sea en latín o en griego o cualquier otra leguna, poco importa, con tal que la entiendan los dos contratantes. Tampoco es necesario que se valgan ambos de la misma lengua; pues basta que la respuesta convenga con la interrogación. Además, dos griegos pueden contratar en latín. Por lo demás, estas expresiones solemnes estaban en otro tiempo en uso, suprimiendo la solemnidad de las palabras, exige únicamente que haya en cada parte el sentido y la inteligencia de su conformicdad, cualesquiera que sean los términos en que la expresen.
2. Toda estipulación se hace o puramente, o por término, o bajo condición: puramente, por ejemplo: ¿Respondes de darme cinco sueldos de oro? Y en este caso se puede pedirlos inmediatamente. Por término, cuando se estipula fijando un día para el pago, como por ejemplo: ¿Respondes de darme diez sueldos de oro en las primeras calendas de marzo? Lo que se estipula por término se

debe al instante, pero no puede pedirse antes de que fenezca el término. Y aún la demanda no puede tener lugar en el día en que fenezca el término, porque este día debe quedar todo entero a la discreción del deudor que debe pagar. En efecto, mientras que no haya transcurrido este día no se está en derecho para decir que el pago no se ha hecho en el día prometido.

3. Si tú estipulas así: ¿respondes de darme diez sueldos de oro al año mientras yo viva? La obligación se reputa pura y simple, y se perpetúa; porque no se puede deber por un tiempo. Pero el heredero, si entabla demanda, será rechazado por la excepción de pacto.
4. La estipulación se hace bajo condición, cuando la obligación se halla subordinada a algún acontecimiento incierto; por manera que la estipulación debe tener efecto si tal cosa sucede o no sucede; por ejemplo: ¿Si Ticio llega a ser cónsul, respondes tú de darme cinco sueldos de oro? Si alguno estipula: ¿Si yo no subo al Capitolio, respondes de darme? Es como si hubiese estipulado que se le daría a su muerte. De la estipulación condicional nace sólo una esperanza de obligación, y el estipulante trasmite esta esperanza a sus herederos, si muere antes de cumplirse la condición.
5. Es de uso insertar en la estipulación la indicación de un lugar, como por ejemplo: ¿Respondes tú de darme en Cártago? Esta estipulación, aunque sea hecha puramente, contiene, por la fuerza misma de las cosas, un plazo, el necesario al promitente para dar en Cártago. Por consiguiente, si alguno estipula así en Roma: ¿Respondes de darme en Cártago? La estipulación es inútil siendo imposible la cosa prometida.
6. Las condiciones que se refieren a un tiempo pasado o presente, informan o vician inmediatamente la obligación, o no la suspenden en manera alguna: por ejemplo: ¿Si Ticio ha

sido cónsul o si Mevio vive, respondes de darme? Porque si estos hechos no son verdaderos, la estipulación es nula; si son verdaderos, es válida inmediatamente. En efecto, lo que es cierto en la naturaleza de las cosas, aunque incierto para nosotros, no suspende la obligación.

7. La estipulación puede tener por objeto no sólo cosas sino también hechos; de tal modo, que podamos estipular que alguna cosa será hecha o no. En semejante estipulación será muy oportuno añadir una cláusula penal, por temor de que la cantidad de bienes del estipulante no quede incierta, y que éste no se vea obligado a establecer esta cantidad por pruebas. Por consiguiente, si alguno estipula que se hará alguna cosa, deberá añadir: ¿Si esto no se hace, respondes tú de darme diez sueldos de oro a título de pena? Pero si por una sola interrogación se estipula hacer ciertas cosas y no hacer otras, deberá añadírsele una cláusula, concebida en estos términos: ¿Si contra estas prohibiciones se hace alguna cosa, o si alguna de estas cosas no se hace, respondes de darme diez sueldos de oro a título de pena?

TÍTULO XXI
DE lA OBLIGACIÓN LITERAL

Se contraría en otro tiempo una obligación, que se decía formada *nominibus.* Estos nomina no están hoy en uso. Pero si alguno ha declarado por escrito deber una suma que no ha recibido, ya no puede, después de transcurrido un largo tiempo, oponer la excepción tomada de la falta de entrega o numeración: así lo han decidido frecuentemente las Constituciones. Pero esto sucede hoy que, no pudiendo uno quejarse, la escritura le obliga y da origen a una condición a falta, bien entendido, de obligación por palabras. El largo tiempo fijado por plazo a esta excepción se extendía, según las

Constituciones imperiales anteriores a nuestro tiempo, hasta cinco años. Pero para que los acreedores no se hallen por más largo tiempo expuestos a la pérdida fraudulenta de su dinero, hemos, por nuestra constitución, reducido dicho plazo a dos años.

TÍTULO XXII
DE LA OBLIGACIÓN POR EL SOLO CONSENTIMIENTO

Las obligaciones se forman por el solo consentimiento en los contratos de venta, arrendamiento, sociedad y mandato. Se dice que en estos casos la obligación se contrae por el solo consentimiento, porque no se necesita para que se produzca, ni de escrito, ni de la presencia de las partes, ni de entrega de ninguna cosa; pues basta que consientan aquellos entre quienes se hace el negocio. Así, estos contratos pueden tener lugar entre ausentes, como, por ejemplo, por cartas misivas o por mensajero. Además, en estos contratos cada parte se obliga con la otra a todo cuanto la equidad exige que ellas se presten mutuamente; mientras que en las obligaciones por palabras el uno estipula y el otro promete.

TÍTULO XXIII
DE LA COMPRA Y VENTA

Hay contrato de venta desde que las partes han convenido en el precio, aunque este precio no haya sido pagado todavía y no se hayan dado aún arras: porque lo que se ha dado a título de arras sólo sirve para acreditar la conclusión del contrato. Sin embargo, es preciso entender esto de las ventas hechas sin escrito, respecto de las cuales nada hemos innovado. Pero en cuanto a las que se hacen por escrito, ha decidido nuestra constitución que la venta no es perfecta sino en cuanto el acto ha sido extendido o redactado ya de la mano misma de los contratantes, ya escrito por un tercero y suscrito por las partes; y si se hacen por el ministerio de un tabelión o escribano, en cuanto

el acto ha recibido todo su complemento y la adhesión final de las partes. En efecto, mientras que le falte una de estas cosas, puede haber retractación, y el comprador o el vendedor pueden, sin incurrir en pena alguna, separarse de la venta. Sin embargo, no les permitimos retractarse impunemente, sino cuando nada se haya dado todavía a título de arras; porque si éstas se han dado, ya la venta haya sido hecha por escrito o no, el que se niega a cumplir su obligación, si es el comprador, pierde lo que ha dado; y si es el vendedor, está obligado a dar el doble, aunque nada se haya tratado acerca de las arras.

1. Es preciso que haya un precio convenido, porque no puede haber venta sin precio. Además, el precio debe ser determinado. Pero si las partes han convenido que la cosa sea vendida al precio que estime Ticio, era para los antiguos una duda grave y frecuentemente debatida, saber si en este caso hay o no venta. Hemos decidido por nuestra constitución, que siempre que la venta fuese concebida en estos términos: Al precio que tal persona estime, el contrato existirá con esta condición: que si la persona nombrada determina el precio en absoluta conformidad a su estimación, el precio deberá ser pagado, la cosa entregada, y la venta llevada a efecto, teniendo el comprador la acción de compra, y el vendedor la acción de venta. Si al contrario, el que ha sido nombrado no quiere o no puede determinar el precio, la venta será nula, por faltar la constitución de precio. Y aprobado por nos este derecho para las ventas, es conforme a razón extenderlo a los arrendamientos.
2. El precio debe consistir en una suma de dinero. Sin embargo, se disputaba con calor si no pudiese consistir en otra cosa cualquiera, como por ejemplo, en un esclavo, en un fundo o en una toga. Sabino y Casio admitían en este punto la afirmativa. Así se decía vulgarmente que la venta se verificaba por el cambio de las cosas, y que esta forma de venta es la más antigua; y sacaban

un argumento del poeta griego Homero, que nos habla en alguna parte del ejército de los griegos, comprando vino en cambio de otras muchas cosas, como se ve en las palabras siguientes:

Todo el vino compraron los Aqüeos:

y unos daban en cambio fino bronce
Otros brillante hierro, y otros
pieles;
Otros las mismas vacas, y aun
algunos
Sus esclavos vendían.
(Trad. De Hermosilla).

Los autores de la escuela opuesta eran de opinión contraria, y juzgaban que una cosa era el cambio y otra la venta; pues si no, no se podría distinguir en el cambio cuál sería la cosa vendida, y cuál la dada en precio: porque considerar cada una de ellas como si a un tiempo fuesen cosa vendida y el precio es lo que la razón no podría admitir. Esta opinión de Próculo, que juzgaba que el cambio es un contrato particular, distinto de la venta, ha prevalecido con razón, fundada en otros versos de Homero y en más sólidas razones. Admitida ya por nuestros divinos predecesores, se halla más ampliamente explicada en nuestro Digesto.

3. Desde que se halla perfecto el contrato de venta, lo que sucede, como ya hemos dicho, al punto que el precio, si la venta se hace sin las partes se hallan convenidas en escrito, los riesgos de la cosa vendida pasan al comprador, aunque no se le haya hecho todavía la tradición. Si, pues, el esclavo ha muerto, o ha sido herido; si el edificio en todo o en parte ha sido devorado por las llamas; si el fundo en todo o en parte ha sido arrasado por

la violencia del río; si por inundación o por la tempestad que ha arrancado los árboles, se halla considerablemente reducido o deteriorado, el daño lo sufrirá el comprador, hallándose obligado, aun cuando no ha recogido la cosa, a pagar el precio de cita. En efecto, el vendedor, respecto de todo lo que sucede sin dolo ni culpa de su parte, se halla en completa seguridad. Pero al contrario, si desde la venta ha crecido el fundo por aluvión, el provecho es para el comprador porque las ventajas debe disfrutarlas el que corre los riesgos. Si el esclavo vendido se ha fugado o ha sido robado sin dolo ni culpa de parte del vendedor, debe distinguirse: si este último ha tomado sobre sí el riesgo de custodiarle hasta que se verifique la tradición, será responsable de la fuga o robo: si no, nada tiene de qué responder: decisión aplicable a todos los animales y a todas las cosas. Sin embargo, el vendedor deberá ceder al comprador la acción en vindicación de la cosa y la condición, porque mientras que la tradición no se haya hecho continúa siendo propietario. Lo mismo sucede respecto de las acciones de hurto y de daño injusto.

4. La venta puede hacerse, tanto bajo condición, cuanto pura y simplemente: Bajo condición, por ejemplo: Si en tal plazo te agrada Estico, te será vendido en tantos escudos de oro.

5. El que compra a sabiendas objetos sagrados, religiosos o públicos, por ejemplo, un *forum*, una basílica ejecuta un acto nulo. Pero si, engañado por el vendedor, los ha comprado creyéndolos profanos o privados, tendrá la acción de compra, fundada en que no se hallaba en el caso de no haber la cosa, a fin de obtener de esta manera la indemnización el interés que tenía en no ser engañado. Lo mismo sucede si ha comprado un hombre libre creyéndolo esclavo.

TÍTULO XXIV
DEL ARRENDAMIENTO

El arrendamiento se asemeja mucho a la venta y se rige por las mismas reglas de derecho. En efecto, así como el contrato de venta se forma desde que ha habido convención acerca del precio, del mismo modo desde que se ha constituido el precio del arrendamiento existe y produce para el locator la acción *locati*, y para el locatario la acción *conducti*.

1. Y lo que hemos dicho antes de la venta, cuyo precio se hubiese dejado al arbitrio de un tercero, debe entenderse igualmente del arrendamiento, por cuya causa si alguno da al batanero o al sastre vestidos para que los limpien, los cuiden o compongan, sin fijar inmediatamente el precio, sino con la obligación de pagar más adelante aquello en que convengan entre sí, no se ve en esto un contrato de arrendamiento propiamente dicho; pero se da por este hecho la acción *praescriptis verbus*.
2. Además, del mismo modo que se pondría en cuestión si por un cambio de cosas se forma contrato de venta, así se suscitaría cuestión respecto del arrendamiento, en el caso en que alguno te haya dado una cosa para que la uses o percibas los frutos, y de la misma manera a su vez ha recibido otra de ti. Se ha decidido también que no es esto un arrendamiento, sino un género particular de contrato. Por ejemplo, si dos vecinos, que tenga cada uno un buey, convienen en prestarse recíprocamente su buey durante diez díaz para ejecutar una obra, y el buey del uno muere en casa del otro, no tendrá aquel acción ni *locati*, ni *conducti*, ni *commodati*, pues el préstamo no era gratuito, sino acción *praescriptis verbis*.
3. Hay tal afinidad entre la venta y el arrendamiento, que en ciertos casos se duda si el contrato es una venta o un arrendamiento.

Tal es aquel en que se dan fundos a *ciertas* personas para que los disfruten perpetuamente, es decir, de tal modo que el propietario, mientras que la renta o el interés le sea pagado, no pueda quitárselos ni al locatario, ni a su heredero; ni a ninguno que los hubiese adquirido del locatario, de su heredero, por venta, donación, dote o cualquier otro título. Como los antiguos se hallaban en duda acerca de este contrato, considerándole unos como un arrendamiento, y los otros como una venta, una constitución de Zenón ha atribuido al contrato de enfiteusis una especial naturaleza, no confundiéndole ni con el arrendamiento ni con la venta, y tomado su fuerza de sus propias convenciones. Y si en éstas interviniese algún pacto, será observado como si tal fuese la naturaleza del contrato. Pero si nada se ha convenido en cuanto a los riesgos de la cosa, el peligro de la pérdida total recaerá sobre el propietario, y el perjuicio de la pérdida parcial sobre el enfiteuta. Tal es el derecho que seguimos.

4. Se pregunta igualmente si cuando Ticio ha convenido con un platero en que éste dé su oro ha de hacer a Ticio anillos de cierto peso y de cierta forma, y que de él ha de recibir, por ejemplo, diez escudos de oro, hay contrato de venta o de arrendamiento. Casio dice que hay venta de la materia y arrendamiento de trabajo; pero se ha decidido que hay sólo contrato de venta. Que si Ticio hubiese suministrado su oro habiéndose convenido en un salario por la hechura, habría evidentemente arrendamiento.
5. El locatario debe conformarse en todo a la ley de contrato; y sobre los puntos que en él se omitiesen, se arreglan sus obligaciones por la equidad. El que ha dado o prometido un precio por alquiler de vestidos, plata labrada, o una bestia de carga, debe aplicar a la custodia de las cosas alquiladas el cuidado que el más diligente padre de familia tiene en sus negocios; si ha

puesto este cuidado, y por algún accidente pierde la cosa, no está obligado a su restitución.

6. Si el locatario muere durante el arrendamiento, su heredero le sucede en la locación.

TÍTULO XXV
DE LA SOCIEDAD

Se forma ordinariamente una sociedad, ya de todos los bienes, llamada especialmente por los griegos (palabra ilegible) ya para una negociación determinada, como, por ejemplo, para comprar y vender esclavos, aceite, vino o trigo.

1. Si la convención no ha fijado las partes de los asociados en las ganancias y en las pérdidas, estas partes serán iguales. Si se han fijado, habrá que atenerse a lo fijado. Nunca, en efecto, se ha dudado de la validez de esta convención, que de dos asociados, el uno tenga las dos terceras partes de ganancias y pérdidas, y el otro sólo una tercera.
2. Pero se ha promovido cuestión acerca de la convención siguiente: Habiendo convenido Ticio y Seyo, que al primero corresponderían los dos tercios de la pérdida y el tercio de la ganancia, ¿esta convención deberá sostenerse? Quinto Mucio la consideraba como contraria a la naturaleza de la sociedad; y, por consiguiente, como incapaz de sostenerse. Servio Sulpicio, cuya opinión ha prevalecido, juzgaba lo contrario: Porque frecuentemente la industria de ciertos socios es de tal modo estimable para la sociedad, que es justo admitirlos bajo mejores condiciones. En efecto, no se duda que pueda formarse una sociedad de tal manera que el uno ponga en ella dinero sin que el otro lo ponga, y que, sin embargo, sea común entre ellos la ganancia: porque frecuentemente la industria de un hombre equivale al dinero. De esta manera, la opinión contraria a la de

Quinto Mucio ha prevalecido de tal modo, que aun es constante que se pueda convenir en que uno de los socios tenga parte en el beneficio sin tenerla en la pérdida. Esto debe entenderse, sin embargo, en el sentido de que si ha habido beneficio en algún negocio y pérdida en otro, se haga compensación, y el residuo sólo se contará como beneficio.

3. Es evidente que si la convención no ha expresado más que la parte en un solo sentido, por ejemplo, en la ganancia o en la pérdida sólo, la parte, en el sentido que se omite, es la misma.
4. La sociedad dura en tanto que los socios perseveren en el mismo acuerdo; pero desde que uno de ellos renuncia la sociedad, ésta se disuelve. Sin embargo, si ha hecho esta renuncia de mala fe, para aprovecharse él solo de un beneficio que se le presenta, por ejemplo, si asociado en todos los bienes renuncia la sociedad para aprovecharse él solo del beneficio de una herencia que se le haya dejado, será obligado a hacer común dicho beneficio. Pero si le sucede que obtenga alguna otra ganancia que no se haya propuesto en su renuncia, él sólo se aprovechará de ella. En cuanto a aquel que ha renunciado todo lo que con posterioridad adquiera, él solo lo adquiere.
5. La sociedad se disuelve también por la muerte de un socio, porque el que forma una sociedad sólo se liga con persona de su elección. Y si hay más de dos socios, la muerte de uno solo disuelve la sociedad, aunque muchos sobrevivan: a menos que en el contrato no se convenga en lo contrario.
6. Si la sociedad ha sido formada para un solo negocio, el término de este negocio pone también fin a la sociedad.
7. Es evidente que la sociedad se disuelve también por la confiscación: bien entendido que sea la que comprende la

universalidad de los bienes de un socio. Porque este socio, reemplazado por un sucesor; se reputa muerto.

8. Del mismo modo, si uno de los socios, abrumado con el peso de sus deudas, hace cesión de bienes, y que, por consiguiente, sea vendido su caudal para satisfacer las deudas públicas o privadas, si las mismas personas se conforman en continuar en sociedad, principia una nueva sociedad.

9. ¿El socio está obligado a su consocio, por la acción *pro socio*, a responder del dolo solamente como el depositario, o aun de la culpa, es decir, de su incuria y negligencia? Esto se ha dudado. Sin embargo, ha prevalecido que estará obligado aún por su culpa. Pero esta culpa no debe medirse por la diligencia más exacta. Basta en efecto, que el socio ponga en las cosas de la sociedad todo el cuidado que habitualmente pone en sus propios negocios. Porque el que ha admitido a un socio poco diligente, a él solo debe culparse.

TÍTULO XXVI
DEL MANDATO

El mandato se contrae de cinco maneras, según que alguno te da mandato en su interés solamente, o en el suyo y en el tuyo, y en interés de otro solamente, o en el suyo o en el de otro, o en el tuyo y en el de otro. El mandato en tu solo interés es inútil, y, por consiguiente, no produce entre vosotros ni obligación ni acción de mandato.

1. Hay mandato en el solo interés del mandante: por ejemplo, si alguno te da mandato de administrar sus negocios, de comprarle un fundo, o de hacerte *sponsor* de él.

2. En tu interés y en el del mandante; por ejemplo, si te da mandato de prestar dinero a interés a alguno que lo toma para los negocios del mandante, o si, cuando queriendo tú gestionar

contra él por falta de *fideyusion*, te manda ya obrar, a su cuenta y riesgo, contra el deudor principal; ya estipular, a su cuenta y riesgo, lo que te deba, de una persona que te delegue.

3. Hay mandato intervenido en interés de otro: por ejemplo, si alguno te manda administrar los negocios de Ticio, comprar un fundo o hacerte *esponsor* por Ticio.
4. En el interés del mandante y en el de otro, por ejemplo: si te manda desempeñar negocios comunes entre él y Ticio, comprar un fundo, o hacerte *esponsor* por él y Ticio.
5. En tu interés y en el de otro: por ejemplo, si él te manda prestar a interés a Ticio. Si se trata de préstamo sin interés, el mandato sólo interviene en favor de otro.
6. Hay mandato en tu solo interés: por ejemplo, si te manda colocar tu dinero en comprar bienes territoriales, antes que prestarlo a interés, o recíprocamente. Este mandato es más bien un consejo que un mandato, y, por consiguiente, no es obligatorio, porque nadie se obliga por un consejo, que podría ser perjudicial; pues cada uno es libre de apreciar de su interior el mérito de los consejos que se le han dado. Si, pues, alguno, sabiendo que tienes tú dinero, sin emplearlo, te ha invitado a prestarlo, o a comprar alguna cosa, aunque ni en el préstamo ni en la compra hayas obtenido alguna ventaja, no tienes contra él la ación de mandato. A tal punto, que se ha puesto en cuestión si aquel te hubiese dado mandato de prestar tu dinero a Ticio estará obligado por la acción de mandato. Pero se ha admitido la opinión de Sabino, a saber: que este mandato es obligatorio, porque tú sin mandato no habrías prestado a Ticio.
7. El mandato no es tampoco obligatorio cuando es contrario a las buenas costumbres: por ejemplo, si Ticio te manda cometer un robo, causar un daño o una injuria. En efecto, aunque haya

sufrido la pena impuesta por este hecho, no tiene ninguna acción para recurrir contra Ticio.

8. El mandatario no debe excederse de los límites del mandato: por ejemplo, si alguno te ha mandado comprar un fundo o hacerte *esponsor* por Ticio hasta llegar a la cantidad de cien escudos de oro, no debes excederte de esta suma ni en la compra ni en la fideyusion, pues en otro caso no tendrás la acción de mandato: de tal modo que Sabino y Casio juzgaban que aún queriendo limitarte a gestionar por cien escudos de oro, lo harás inútilmente. Pero los jurisconsultos de la escuela opuesta piensan que obrarás válidamente hasta llegar a los cien escudos de oro, opinión sin disputa más favorable. Que si tú compras a menor precio, nadie duda de que no tengas contra el mandante la acción de mandato, porque en el mandato de comprar un fundo por cien escudos de oro se entiende que se comprará por menos, si es posible.

9. El mandato, aunque válidamente contratado, se desvanece si antes de haber recibido ninguna ejecución se revoca.

10. El mandato se disuelve también, si antes de su ejecución mueren el mandante o el mandatario. Sin embargo, motivos de utilidad han hecho decir que si después de la muerte del mandante, e ignorando dicha muerte, has ejecutado tú el mandato, tendrás la acción de mandato; porque sin esto, tu ignorancia legítima y plausible te causaría perjuicio y se está en un caso semejante cuando se decide que los deudores que, después de la manumisión del administrador de Ticio pagan por ignorancia a este liberto, quedan libres, aunque según el derecho estricto no debiesen quedarlo, porque han pagado a quien no debían pagar.

11. Cada cual es libre para renunciar un mandato, pero una vez aceptado, debe el mandatario ejecutarlo, o bien renunciarlo en tiempo oportuno para que el mandante pueda desempeñar por

sí mismo el negocio o por otro. Porque si la renuncia no se hace de tal modo que se deje al mandante completa facilidad para desempeñar el mismo negocio, tendrá siempre lugar contra el mandatario la acción de mandato, a menos que justos motivos le hayan impedido renunciar, o renunciar a tiempo.

12. El mandato puede hacerse por término o bajo condición.

2.2. Tratamiento del digesto sobre los pactos

Una vez revisada la pléyade normativa de la fuente romana aludida en torno a las obligaciones que nacen de los contratos y de los diversos tipos de éstos, estudiemos ahora el método que emplea el Digesto para enfocar el asunto referido a las convenciones, los pactos y los contratos en el Derecho Romano.

EL DIGESTO

LIBRO II: TÍTULO XIV
DE LOS PACTOS[33]

1. **ULPIANO;** *Comentarios al Edicto, libro IV.*- Es natural la equidad de este Edicto. Porque ¿qué cosa hay tan conforme a la fe humana, como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron? Mas dícese pacto, de pacción; de donde también se apellidó el nombre de paz. Y es pacto el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa convenida. La palabra convención es genérica, perteneciendo a todo aquello sobre que para celebrar o transigir un negocio consienten los que entre sí lo tratan; porque, así como se dice que conviene los que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar, así también los que por diversos movimientos

33 EL DIGESTO, en "Cuerpo del Derecho Civil Romano", traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Primera Parte Instituta-Digesto, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889, pp. 275-280.

del ánimo consienten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer. Mas de tal modo es genérica la palabra convención, que, como discretamente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, ya se haga de obra, ya de palabra; porque aun la estipulación, que se hace de palabra, es nula, si no tuviera el consentimiento. Pero la mayor parte de las convenciones reciben otro nombre, como el de compra, arrendamiento, prenda o estipulación.

2. **PAULO;** *Comentarios al Edicto, libro III.*- Dice Labeón, que se puede convenir o con la cosa, o por carta, o por mensajero; también se puede entre ausentes. Pero también se entiende que se conviene tácitamente con el consentimiento. Y, por tanto, si a un deudor mío hubiere yo devuelto la caución, se entiende haberse convenido entre nosotros, que yo no pediría; y se estableció que le deba aprovechar la excepción de la convención.

3. **MODESTINO;** *Reglas, libro III.*- Mas después que se devolviere al deudor la prenda, si no se hubiese pagado el dinero, no hay duda de que puede pedirse la deuda, salvo si se probare que especialmente se trató lo contrario.

4. **PAULO;** *Comentarios al Edicto, libro III.* - Igualmente, como también valen las convenciones tácitas, se establece que en los arrendamientos de habitaciones urbanas las cosas llevadas e introducidas en ellas sirvan de prenda al arrendador, aunque nada se hubiere convenido expresamente. Según esto, también el mudo puede pactar. También es prueba de esto la estipulación hecha por causa del dote -porque antes de las nupcias se pide indebidamente- como si esto se hubiese expresado; y no habiéndose verificado las nupcias, por el mismo derecho se desvanece la estipulación. Lo mismo parece bien a Juliano. Consultado también sobre el hecho de haberse convenido que, mientras se satisficieran los intereses, no se pediría el capital, y

de haberse concebido puramente la estipulación, respondí, que en la misma estipulación estaba implícita la condición, como si esto se hubiese expresado.

5. **ULPIANO**; *Comentarios al Edicto, libro IV.*- Mas hay tres especies de convenciones; porque se hacen, o por causa pública, o por causa privada; y la privada, o es de ley, o de derecho de gentes. Convención pública es la que se hace por la paz, siempre que entre sí pactan algo los caudillos de la guerra.

6. **PAULO**; *Comentarios al Edicto, libro III.* - Es convención legal, la que se confirma por alguna ley; y por tanto, a veces por el pacto nace o se pierde una acción, siempre que está apoyado en Ley o Senadoconsulto.

7. **ULPIANO**; *Comentarios al Edicto, libro IV.* - Algunas convenciones de derecho de gentes producen acciones; otras, excepciones. Las que producen acciones, no subsisten con su nombre, sino que pasan al nombre propio de un contrato, como compra, venta, locación, conducción, sociedad, comodato, depósito y los demás contratos semejantes.

Pero si la cosa no pasare a otro contrato, y subsistiere, sin embargo, la causa, respondió acertadamente Aristón a Celso, que había obligación; por ejemplo, te di una cosa, para que me dieras otra; di, para que hagas algo, esto es *sinalagma* (contrato), y de aquí nace una obligación civil. Y por ello opino que con razón fue Juliano reprendido por Mauriciano en esto: te di a Stico, para que manumitas a Pánfilo; lo manumitiste; Stico fue vindicado. Juliano escribe que se ha de dar por el Pretor la acción del hecho; aquel dice, que basta la acción civil de cosa incierta, esto es, la *praescriptis verbis* pues que hay un contrato, que Aristón llama sinalagma, de donde nace esta acción.

Si por causa de un delito se hubiere prometido para que no se haga algo, no hay ninguna obligación por esta convención. Pero cuando no subsiste ninguna causa, es sabido que entonces por la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción.

Antes bien, a veces forma la misma acción, como en los juicios de buena fe; porque solemos decir, que los pactos convenidos se contienen en los juicios de buena fe. Mas esto se ha de entender así, que, si los pactos subsiguieron inmediatamente, estén comprendidos también por la parte del actor; mediando intérvalo, ni lo estarán, ni valdrán, si demandare, a fin de que del pacto no nazca acción. Como, por ejemplo, se convino después del divorcio, que no se devolviera la dote en el tiempo de dilación establecido, sino inmediatamente; esto no valdrá, para que no nazca acción del pacto. Lo mismo escribe Marcelo y si en la acción de tutela se convino que se paguen mayores intereses que los que se establecieron, no tendrá lugar, para que del pacto no nazca acción; porque se comprenden aquellos pactos que dan la ley al contrato, esto es, los que se hicieron en el comienzo del contrato. Sé que lo mismo se respondió por Papiano, y que si, mediando intérvalo después de la compra, se conviniese alguna cosa extraña a la naturaleza del contrato, no se puede por esta causa ejercitar la acción de compra conforme a la misma regla, para que no nazca acción del pacto; lo que también se habrá de decir en todos los juicios de buena fe. Mas por la parte del reo tendrá lugar el pacto, porque suelen también aquellos pactos, que después se interponen, producir excepciones.

Mas en tanto se hallan comprendido en los juicios de buena fe las excepciones hechas después, que son del mismo contrato, como que es sabido que en la compra y en los demás juicios de buena fe, no efectuada todavía la cosa, puede uno separarse

de la compra. Si, pues, por un pacto puede cambiarse en su totalidad, ¿por qué no también una parte del mismo? Y así lo escribe Pomponio en su libro sexto de sus Comentarios al Edicto; y siendo esto así, también por la parte del actor tiene lugar el pacto, para que le aproveche también para la acción, no habiéndose verificado todavía las cosas, y esto, por la misma razón; porque si puede revocarse toda la cosa, ¿por qué no también reformarse, para que en cierto modo parezca como renovado el contrato? Lo que no indiscretamente puede decirse. Por lo cual, con razón no repruebo lo que sostiene Pomponio en sus libros de Lecciones; que por pacto se puede uno separar en parte de la compra, como habiéndose repetido la compra de una parte. Pero cuando quedaron al comprador dos herederos, y el vendedor pactó con uno para que se apartase de la compra, dice Juliano que es válido el pacto, y que se disuelve la compra en aquella parte; porque pactando también en virtud de otro contrato, pudo el otro heredero adquirir para sí la excepción. Así, pues, con razón se admite una y otra cosa, lo que dice Juliano, y lo que Pomponio. Dice el Pretor: "Mantendré los pactos convenidos que no se hubieran hecho ni con dolo malo, ni contra las Leyes, Plebiscitos, Senadoconsultos, Edictos de los Príncipes, y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos."

Unos pactos afectan a la cosa, otros a la persona. Afectan a la cosa, siempre que en general pacto que no pedirá a una persona, por ejemplo, que no pediré a Lucio Ticio. Mas si se hizo el pacto afectando a una cosa, o a una persona, se ha de apreciar, no menos que por las palabras, por la intención de los que se convienen; porque las más de las veces, como también dice Pedio, se consigna una persona en el pacto, no para que el pacto

se haga personal, sino para que se demuestre con quién se hizo el pacto.

Dice el Pretor que no habrá de mantener el pacto hecho con "dolo malo." El dolo malo se comete con astucia y falacia, y como dice Pedio, se hace un pacto con dolo malo siempre que, con objeto de engañar a otro, se hace una cosa y se simula que se hace otra. Mas nada añade el Pretor, si se dijera que el pacto se hizo con objeto de engañar. Pero discretamente dice Labeón, que esto es o inicuo, o superfluo; inicuo, si lo que una vez perdonó el acreedor a su deudor con buena fe, intentara después destruirlo; superfluo, si engañado hubiere hecho esto; porque también el fraude se contiene en el dolo.

Pero tanto si desde el principio se hizo el pacto con dolo malo, como si después del pacto se hizo algo con dolo malo, perjudicará la excepción por estas palabras del Edicto: "ni se haga."

Lo que casi siempre suele ponerse en la última parte de los pactos en esta forma: "preguntó Ticio, prometió Mevio", estas palabras no tan sólo se reciben en lugar de pacto, sino también en el de estipulación; y por esto nace la acción de lo estipulado, si especialmente no se probare lo contrario, que esto no se hizo con ánimo de estipular, sino tan sólo de pactar. Si yo pactare que no se reclame por la acción de cosa juzgada, o por la de casas incendiadas, es válido este pacto.

Si yo pactare que no formalizaré la denuncia de obra nueva, opinan algunos que no es válido el pacto, porque en esta materia interviene el imperio el Pretor; pero Labeón distingue, que, si se hubiere hecho la denuncia de obra nueva sobre una cosa particular, sea lícito pactar, y si sobre cosa pública, no sea lícito, cuya distinción es verdadera. Así, pues, también es lícito pactar sobre todas las demás cosas pertenecientes al Edicto del Pretor,

que no respectan a lesión de la cosa pública, sino al interés particular; porque aun sobre el hurto permite la ley pactar.

Pero también si pactare alguno, para no ejercitar la acción de depósito, es válido el pacto según Pomponio. Igualmente, si alguno hubiere pactado responder de todo peligro por causa de un depósito, dice Pomponio que vale el pacto, y que no ha de dejarse de observar como si hubiere sido hecho contra la forma del derecho.

Y en general, cuando un pacto es contrario al derecho común, no conviene que se guarde; y escribe Marcelo en el libro segundo de su Digesto, que ni se legue, ni se haya de cumplir el juramento añadido para que alguien no reclame. Y si se hubiere interpuesto estipulación sobre estas cosas, respecto de las que no es lícito pactar, no ha de observarse, sino que se ha de rescindir por completo.

Si antes de adida la herencia pactare alguien con los acreedores, para que se pague menos, el pacto ha de ser válido. Mas si fuere esclavo el que pacta, antes que adquiera la libertad y la herencia, porque había sido instituido heredero bajo condición, escribe Vidio que no le habrá de aprovechar el pacto; pero Marcelo opina en el libro décimo octavo de su Digesto, que tanto el heredero suyo, como el esclavo que es heredero necesario, instituidos puramente, pactando antes que se inmiscuyan en la herencia, pactan válidamente; lo que es verdad. Lo mismo también respecto al heredero extraño; el cual, si hubiere adido la herencia por mandato de los acreedores, juzga que tiene además la acción de mandato. Pero si alguien, como arriba hemos dicho, pactó en la esclavitud, se lo niega Marcelo, porque, si algo hizo en la esclavitud, no suele aprovecharle después de la libertad; lo que ha de admitirse como excepción del pacto. Mas, se pregunta, si acaso le aproveche la excepción del dolo. Marcelo, aunque

antes dudó, lo admitió, sin embargo, en casos semejantes; por ejemplo, si un hijo de familia, instituido heredero, pactó con los acreedores, y emancipado adió la herencia, y dice que puede él usar de la excepción de dolo. Y lo mismo sostiene, aunque el hijo haya pactado, en vida del padre, con los acreedores paternos, porque también a él le habrá de aprovechar la excepción de dolo. Tampoco, pues, aun tratándose del esclavo ha de desecharse la excepción de dolo.

Mas hoy, sin embargo, un pacto de esta naturaleza tan sólo perjudica a los acreedores, si hubieren convenido en una misma cosa, y declarado por común consentimiento con que parte de la deuda se hayan contentado; pero si disintieren, entonces es necesaria la intervención del Pretor, quien en su derecho seguirá la voluntad de la mayor parte.

8. **PAPINIANO:** *Respuestas, libro* X.- Se estableció que una parte fuese mayor con relación a la cuantía de la deuda, no al número de personas. Pero si fueran iguales en el montante de la deuda, entonces ha de ser preferido el número de más acreedores; mas en un número igual de acreedores el Pretor seguirá la autoridad del que entre ellos aventaja en dignidad. Pero si todas las cosas concurriesen en todo a una igualdad; ha de elegirse por el Pretor el parecer más humano; porque esto es lo que puede colegirse del Rescripto del Divino Marco.

9. **PAULO;** *Comentario, al Edicto, libro LXII.* - si fueren muchos los que tienen una misma acción, son considerados en el lugar de uno solo. Como, por ejemplo, si son muchos los obligados por una estipulación, o muchos los cambistas, cuyos créditos se formaron juntamente, serán computados en el lugar de uno solo, porque una sola es la deuda. Y cuando muchos tutores de un pupilo acreedor hubiesen convenido, se contarán en el lugar de uno solo, porque habrán convenido a nombre de un solo

pupilo. Asimismo, si un solo tutor hubiere convenido a nombre de muchos pupilos que pretenden una sola deuda, se estableció que estuviese en el lugar de uno solo; porque es difícil que un hombre haga las veces de dos, pues ni aun el que tiene muchas acciones contra quien tiene una sola acción, es reputado en lugar de muchas personas.

El montante de una deuda lo referiremos también a muchas sumas, si por acaso a uno se debieran cien áureos en pequeñas sumas, y a otro cincuenta áureos en una sola; pues en este caso atenderemos al mayor número de sumas, porque reunidas en una constituyen excedente. Mas a la suma debemos aplicar también los intereses.

10. **ULPIANO;** *Comentarios al Edicto, libro IV.* - Mas el Rescripto del Divino Marco habla así como si todos los acreedores deban estar presentes. Pero ¿qué será si algunos estuvieran ausentes? ¿acaso deban los ausentes seguir el ejemplo de los presentes? Pero discretamente se controvierte si este pacto perjudica también a los ausentes privilegiados, en el caso de que el pacto valga aun contra los ausentes. Y repito, que el Divino pro, antes de la fórmula dada por el Divino Marco, declaró por rescripto, que también el fisco en los casos en que no tiene hipotecas, y los demás privilegiados, convenía que siguiesen el ejemplo de los acreedores. Pues todas estas cosas deben observarse respecto de aquellos acreedores que no tienen hipotecas.

Si al pacto se hubiere añadido la estipulación de una pena, se pregunta, ¿tiene acaso lugar la excepción del pacto, o la acción de lo estipulado? Sabina opina, lo que es más cierto, que el que estipuló puede seguir una y otra vía, según hubiere elegido; no obstante, si usaré por alguna causa la excepción del pacto, será justo que dé por recibido lo estipulado.

Las más de las veces solemos decir, que la excepción del dolo es en subsidio de la excepción del pacto; y finalmente, escribe Juliano y otros muchos convienen con él, que los que no pueden usar de la excepción del pacto, habrán de valerse de la excepción del dolo; por ejemplo, si mi procurador pactase, me aprovechará la excepción del dolo, según parece a Trebacio, quien opina que así como me perjudica el pacto del procurador, así también deber aprovecharme.

11. **PAULO**; *Comentarios al Edicto, libro III.*- porque también puede pagarse a él.

12. **ULPIANO**; *Comentarios al Edicto, libro IV.* - Pues es sabido que también perjudica, ya si le mandé que pactara, ya si fue procurador de todos mis negocios; según también escribe Puteolano en el libro primero de los Asesoramientos, puesto que se estableció que también él puede deducir las cosas en juicio.

13. **PAULO**; *Comentarios al Edicto, libro III.* - Pero si fue nombrado procurador tan sólo para pleitos, la convención hecha no perjudica al dueño, porque tampoco podrían pagársele a él. Mas si hubiere sido nombrado procurador en cosa propia, es tenido en lugar de dueño; y por consiguiente deberá observarse el pacto convenido.

14. **ULPIANO**; *Comentarios al Edicto, libro IV.* - También es cierto que aprovecha y perjudica el pacto del director de sociedades.

15. **PAULO**; *Comentarios al Edicto, libro III.* - También el pacto del tutor aprovecha al pupilo, según escribe Juliano.

3. DE LA CAUSA DE LAS OBLIGACIONES

Los juristas romanos no concibieron una teoría general de la causa[34] como condición de validez del contrato[35], todo lo contrario, la causa para ellos tenía significados muy diversos[36], con un sentido variable e impreciso, de modo que "no formularon una construcción teórica completa sobre la causa"[37], por lo que "entre los romanos no existió apenas el concepto de causa."[38]

De esta manera, como lo estudiaremos en este capítulo, son muchos los sentidos que pueden otorgarse a la palabra "causa", ahora veremos sólo uno: el referido a la causa de las obligaciones o causa fuente o genética de las mismas.

Un significado bastante aproximado de causa es el de fuente productora de obligaciones, y así podemos considerar las siguientes causas: los contratos, cuasi-contratos, delitos y cuasi-delitos: "ésta era, justamente la significación que el concepto CAUSA tenía en el Derecho Romano primitivo."[39]

Con Bonfante[40] se definen las fuentes de las obligaciones (*causae obligacionum*) como los hechos jurídicos de donde pueden derivarse relaciones obligatorias. De ahí que considere que la obligación pueda nacer ya de un negocio jurídico, de un acto ilícito o de la ley.

Para Sohm[41] "la obligación provenía en Roma, ora de una declaración del consentimiento (contrato), es decir, *por efecto* de la

34 LOHMANN LUCA DE TENA, 1986. p. 69. En la edición de 1997, ver p. 88.
35 OURLIAC, 1960, p. 287.
36 RIPERT Y BOULANGER, s.f., Vol. I. p. 182.
37 ALESSANDRI RODRIGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, 1961. p. 386.
38 PUIG PEÑA, 1946, p. 24.
39 PESCIO, 1958, p. 129.
40 BONFANTE, 1951, p. 406.
41 SOHM, 1898, p. 500.

voluntad del deudor, ora de una infracción del Derecho (delito), o sea, *contra* la voluntad del deudor." Habría que aclarar que, si bien es cierto que el delito y el contrato son las fuentes básicas de las obligaciones (junto a ellas están el cuasi contrato y el cuasi delito), no es la voluntad particular (a excepción de los contratos consensuales) sino la de la ley, la que engendra los efectos jurídicos[42].

Concordante con ello, en las Institutas del Emperador Justiniano -ver *supra*[43]- se sostiene que todas las obligaciones se reducen a una división principal de dos clases, y son, o civiles, o pretorianas: Civiles, las que han sido o establecidas por las leyes o reconocidas por el derecho civil; y pretorianas, las que el pretor ha constituido en virtud de su jurisdicción: estas últimas se llaman también honorarias.

Una división subsecuente las distingue en cuatro especies, porque nacen o de un contrato o de un cuasi contrato, o de un delito o de un cuasi delito.

Por su lado, Bonfante manifiesta: "La causa o condición objetiva, expresa que el efecto no es lesivo del derecho de los demás y puede decirse que representa la voluntad de la ley frente a la voluntad privada"[44]. Y se define esta causa como una relación con otros o también con todos los miembros del consorcio social, justificando la adquisición o pérdida jurídica que el negocio produce.

Entonces podríamos especificar, abreviando el discurso, que la causa de las obligaciones descansa ya en el delito o en el contrato (obviando el cuasi delito y el cuasi contrato), fuentes que están amparadas por la ley. De esta suerte, tanto el delito como el contrato

42 Figueroa piensa que la causa eficiente era el verdadero sentido que a la causa atribuían los jurisconsultos romanos. Cfr. FIGUEROA, 1975, p. 298.

43 ORTOLAN, 1847, pp. 102-3. En igual sentido puede consultarse el "Cuerpo del Derecho Civil Romano", 1ra parte, Jaime Molinas editor, Barcelona, 1889, p. 101.

44 ORTOLAN, 1847, pp. 86-87.

quedarían -en un sistema tan formalista como el romano- remitidos a la ley como productora de obligaciones, de modo tal que la causa de las obligaciones sería entonces la "*voluntas legis*" o voluntad legal, por cuanto el simple consenso (salvo los contratos consensuales) no podría engendrar obligaciones *per se*.

De esta manera la causa etiológica de las obligaciones es entendida como la fuente productora de las mismas, resultando ser causas protegidas y tipificadas por la voluntad legal. Por ello podríamos equiparar holgadamente la voluntad legal a la causa fuente en estudio, tal cual lo sostiene Beudant[45]: "Para los jurisconsultos romanos, por lo menos durante mucho tiempo, la *causa de las obligaciones fue su fuente misma:* EL HECHO JURÍDICO AL QUE SE LE RECONOCIA LA VIRTUD DE CREAR EL VINCULUM JURIS, de ligar a las partes. Las obligaciones nacían de los contratos; por consiguiente, la causa de las obligaciones convencionales era el contrato mismo. Pero, además, las obligaciones nacían EX VARIIS CAUSARUM FIGURIS, es decir, de lo que, en la actualidad, denominamos cuasi-contratos; la causa de estas obligaciones era el NEGOTIUM JURIS que ligaba a las partes QUASI EX CONTRACTU. Las obligaciones nacían, finalmente, de los delitos y de los cuasi-delitos; la causa de las obligaciones delictuales o cuasi-delictuales era el hecho que determinaba la responsabilidad. En todo caso, la causa de las obligaciones no era otra cosa que su fuente legal, esto es, EL HECHO DE DONDE NACIA EL VINCULUM JURIS. Es por eso que la CAUSA CIVILIS de las obligaciones, en el Derecho Romano era formal. Era lo que daba existencia a la obligación; era su fuente lo que después se ha denominado CAUSA GENERADORA O EFICIENTE."

Con ello venimos a confirmar nuestra postura inicial: la causa consiste en la fuente generadora de las obligaciones, en la causa

45 PESCIO, 1958, pp. 129-130.

eficiente[46], fontanal, etiológica o productora de efectos. Ahora bien, estas fuentes son siempre formales y por ende amparadas por la ley, identificables con la *voluntas legis* o voluntad legal; por ello es que los efectos queridos a través del *actus juridice* quedan adecuados al ius[47].

Convendría ahora precisar cuál es el alcance que los comentaristas y juristas le dan a la expresión *causa civilis* a la luz de las fuentes romanas. Para Beudant, ya reseñado en el parágrafo anterior, la *causa civilis* de las obligaciones, en el derecho romano era formal, era el hecho engendrador de obligaciones al modo de causa fuente o genética. Por su parte Mosset Iturraspe[48] explica: "La causa 'civilis obligandi', a cuya existencia se supeditaba el nacimiento de obligaciones, necesaria para la celebración del 'contractus', puesto que de no estar presente, salvo el caso de los contratos consensuales, el acuerdo era un mero pacto o convención del que no emergían obligaciones, no era sino el conjunto de formalidades que el derecho civil exigía para reconocer efectos a ciertos acuerdos. De allí que haya podido decir Bonfante la 'causa civilis' romana, radica en la ley -que crea el sistema del 'numerus clausus'. Y no en la voluntad de las partes."

Con ello se tiene la postura apologética de que la *causa civilis* no era un elemento del contrato sino era el contrato mismo, era la fuente generadora de obligaciones recogida por la ley, de tal suerte que causa de las obligaciones era la fuente de las mismas que expresaba la voluntad de la ley[49]. Sin embargo, para Mosset esta fuente

46 Bonnecase comparte el mismo criterio. Cfr. BONNECASE, 1945, p. 249.

47 VIDAL RAMIREZ, 1990c, p. 175.

48 MOSSET ITURRASPE, 1961, p. 263.

49 Por su parte Muñoz explica también que con el vocablo causa los romanos aludían a la voluntad de la ley, por lo que un acuerdo o convenio no era contrato a no ser que la ley lo hubiera previsto como tal. Cfr. MUÑOZ, 1960, p. 162. De igual modo puede consultarse MOUTÓN y OCAMPO, 1910, p. 395, cuando expresa que la causa procedía exclusivamente de la ley civil.

generadora, *causa civilis* identificable con la formalidad jurígena, no podría aplicarse al consentimiento.

Por su parte Taboada piensa que la *causa civilis* "en los contratos verbales y literales eran las formalidades consistentes en las palabras orales o escritas respectivamente; en los contratos reales la *causa civilis* era la entrega de la cosa; mientras que en los contratos consensuales la *causa civilis* era el tipo contractual." De aquí podemos comprobar que existe una identificación casi plena de la *causa civilis* tanto con la formalidad como con la tipicidad en el contrato consensual (extremo este último discrepante con la opinión de Mosset).

Para Muñoz, por otro lado, un acuerdo o convenio no era contrato "a no ser que la ley lo hubiera previsto como tal, ya que el concierto de voluntades no era suficiente, y para que surgieran relaciones obligatorias se precisaba que las convenciones se ajustaran a formas típicas, a las que se confería acción en juicio, debido a que el sistema de *numerus clausus* fue el seguido por el derecho romano... El reconocimiento constituía la *causa civilis obligando*."[50]

Con este comentario vemos cómo la simple voluntad es incapaz de provocar efectos jurídicos (salvo excepciones que luego veremos), y que la *causa civilis obligandi* constituye un reconocimiento legal de la formalidad, de esta forma la *causa civilis* no era un requisito más de la convención, sino que era la voluntad de la ley la que hacía, a través de la tipicidad, que un pacto sea o no recipiendario de acción.

De igual parecer es Valverde y Valverde[51], quien, con respecto a esta situación, equipara la *causa civilis* con las formalidades, manifestando lo siguiente: "Dice Bufnoir, que esta expresión -*causa*-

50 MUÑOZ, 1960, p. 162.

51 VALVERDE y VALVERDE, 1935, p.

en el derecho romano tenía diversas significaciones, y diversas significaciones tiene también en el derecho moderno. Unas veces se toma como fuente u origen de la obligación, y así, se dice que el contrato y el delito son causa de las obligaciones; otras se toman como sinónima de *causa civilis* de los romanos, que algún sector ha tomado como causa eficiente; pero cuando los romanos hablaban de ella se referían a un contrato que tenía nombre propio, y, además, que a la convención acompañaban ciertas condiciones que formaban la causa, como *verba*, *res*, etc."

Pero con una u otra opinión, la tesis a favor de la *causa civilis* predica que ésta se encuentra anclada en la formalidad (para otros en la tipicidad del contrato consensual), que viene a ser la voluntad de la ley (*voluntas legis*) y se comporta como la causa genética o etiológica de relaciones obligacionales.

Por otra parte tenemos la tesis en contra que es sostenida por algunos otros autores que no creen que la *causa civilis* sea identificable con la fuente o causa eficiente de las obligaciones; a su turno, afirma Giorgi[52]: "La causa, como requisito *ex se* de las obligaciones contractuales no fue conocida por el derecho romano. Conoció el derecho romano la *causa civilis* en los contratos, pero, como ya vimos, esta causa no era otra cosa más que el *motivo jurídico* del contrato. Fue la *forma solemne* y *externa*, por el contrario, la que hacía obligatorio el pacto y le daba eficacia civil". Entonces para este jurista la *causa civilis* no es la fuente productora de efectos jurídicos, sino que es el motivo jurídico del mismo, diferente a la forma solemne y externa que hacía obligatorio el acuerdo.

Seguidamente tenemos la autorizada opinión de Petit, quien manifiesta:

52 GIORGI, 1929, pp. 468-469.

"Ciertos autores califican de *causa civilis* las formalidades de que acabamos de hablar, y hacen de ellas una condición esencial, sin la cual no podría haber contrato. **Esta teoría es demasiado absoluta y extraña a los textos**. De un lado, en efecto, sí se puede decir que las formalidades exigidas por el Derecho Civil para ciertos contratos son la *causa* por la cual se sanciona, es preciso reconocer bien, **a menos de caer en sutilezas**, que esta causa falta absolutamente en los contratos formados *solo consensu.* Por otra parte, la expresión *causa civilis* no se vuelve a encontrar más que en el L. 49, 2, D, de pecul., XV, 1, y Pomponio la emplea allí en un sentido completamente distinto: para indicar una *fuente* de obligación civil"[53].

Entonces lo que Petit plantea son cuatro cosas: a). La *causa civilis* no es un elemento o condición de validez del contrato; sostener lo contrario es sustentar una tesis absoluta y extraña a los textos. b). Que la formalidad jurígena no es la *causa civilis* como piensan algunos comentaristas (caso de Taboada). c). Que esta formalidad es la causa[54] por la cual el Derecho civil las sanciona[55], la misma que no funciona para los contratos consensuales (tesis de Muñoz.) d). Que el término *causa civilis* es empleado una vez en las fuentes romanas y es utilizado por Pomponio en un sentido completamente distinto para referire a una fuente de obligación civil.

Entonces, concluyendo, podríamos manifestar que el tema de la *causa civilis* no está totalmente zanjado. Unos autores piensan que se trata de la formalidad y otros no. Sin embargo, nos atenemos a las acreditadas opiniones de Petit y Giorgi en el sentido de no confundir *causa civilis* con la formalidad, y que esta última es la que

53 PETIT, 1995, pp. 317-318.

54 Por su parte "los romanos no hacían de la causa un requisito de formación de los contratos", sostienen muy bien los hermanos Mazeaud (Cfr. MAZEAUD, 1960, p. 287.)

55 Petit dice: "Estas formalidades, llevadas a cabo, venían a ser la *causa* por la que el Derecho civil sancionaba una o varias obligaciones". Ibidem.

genera la obligatoriedad del contrato, la misma que no es aplicable a los contratos consensuales donde el *solo consenso* es jurígeno sin necesidad de formalidad, cuando sí de tipicidad. Opinar lo contrario sería incurrir en *tesis absolutas y extrañas a los textos*, en palabras del propio Petit.

Asismiso, hemos estudiado que uno de los significados que se le pueden endilgar a la palabra causa en el Derecho Romano es el de causa fuente de las obligaciones, encontrándose entre ellas el delito y el contrato (incluyendo el cuasi delito y el cuasi contrato) a modo de hecho generador de efectos obligacionales, las mismas que están tipificadas por la ley, constituyendo su propia voluntad (*voluntas legis*), de modo que sí es dable asimilar la formalidad a la voluntad legal.

Y siendo el contrato la principal fuente de las obligaciones, veamos ahora cuáles son las diferentes formas de contratos en Roma.

4. DIVERSAS CLASES DE CONTRATOS Y EL CONTRATO SEGUN LABEON

Según las Institutas del Emperador Justiniano[56] -*transcrito ut supra*-, Libro III, Título XII, De las Obligaciones, acápite 2do, se dice (refiriéndose las obligaciones) *ad litteram*: "La siguiente división se determina en cuatro especies: Pues, o nacen de un contrato, o de un cuasi contrato, o de un delito, o de un cuasi delito. Corresponde que hablemos primero de las que nacen de un contrato. De éstas, a su vez, hay cuatro especies: Pues o se contraen por la cosa, o por palabras, o por escrito, o por el consentimiento."

56 "Cuerpo del Derecho Civil Romano", 1ra parte, Jaime Molinas editor, Barcelona, 1889, p. 101.

Sin embargo, esta clasificación que responde a un sistema de *numerus clausus* cerrado no podría llevarnos a pensar que los romanos concibieron una teoría general del negocio jurídico o del contrato en general. Ocurre que nos encontramos en un espacio-tiempo histórico, en el que todo tipo de teorías, especulaciones, etc. era ajeno al espíritu del pueblo romano, alejado de la pura especulación teoricista[57] y más afecto a su espíritu práctico que lo llevó a resolver problemas que la evolución societal le imponía al paso de la historia.

En todo el Corpus Juris no encontramos ninguna definición del contrato entendida como convención de voluntades encaminada a crear, modificar, regular o extinguir obligaciones; antes al contrario, sólo se encuentra la definición del pacto cuando en el Digesto se expresa: "Y es pacto el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa convenidas[58]" (*et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*). Y párrafo seguido se dice con respecto a la convención: "La palabra convención es genérica, perteneciendo a todos aquellos sobre que para celebrar o transigir un negocio consienten los que entre sí lo tratan" (*convencionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt*). Mas no se encuentra ninguna definición del contrato como categoría convencional teórica.

De esta manera hemos ingresado a una de las cuatro formas de producción de obligaciones, la más importante a saber, cual es el contrato. En doctrina es viable dar una definición de esta causa fuente en el sentido siguiente: "El *contrato* se puede definir como 'el acuerdo de dos o más personas con el fin de constituir una relación obligatoria reconocida por la ley'. Nótese, sin embargo, que la palabra romana *contractus* (elipsis de *contractus negotii* o *negotiium contractum*), más

57 CIFUENTES, Santos, 1986, p. 184.

58 Cfr. El Digesto, ya transcrito, Libro II, Título XIV, De los Pactos, 1, 2.

que al *acuerdo* alude y da realce al *negocio* o a la *relación*, causa del *vínculo obligatorio*, ya que la relación objetiva tiene en el Derecho Romano mayor peso e importancia que en el Derecho moderno."[59]

A este respecto la teoría de Labeón con respecto a los contratos se engarza perfectamente en el tramado del sinalagma o causa fuente de la relación obligacional.

"Ulpiano; Comentarios al Edicto, Libro XI.- Labeón, define en el libro primero del Pretor urbano, que unas cosas se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que la palabra 'acto' es general, ya sea quealguna cosa se haga de palabra, ya sea que realmente, como en la estipulación, o en la entrega de cantidad; pero 'contrato' significa oglibación de una y de otra parte, lo que los griegos llaman synallagma, como la compara, venta, la locación, conducción y sociedad; 'gestionado' significa cosa hecha con palabras." (D.50.16.19.)

Este sinalagma no es más que la bilateralidad objetiva productora de obligaciones, es decir la causa fuente de las obligaciones. Cabe precisar que este concepto contractual esbozado por Labeón es impreciso, general y vago, y que no va más allá de plantear que el contrato no es más que una fuente de relaciones obligatorias, o el sinalagma o bilateralidad misma.

Como corolario queda la premisa básica de que existen cuatro formas de contratos, a saber: contratos verbales, literales, reales (que incluyen el mutuo, comodato, prenda y el depósito) y los contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad). Estos tipos negociales son en sí presupuestos generadores de relaciones obligatorias, cuya validez depende del cumplimiento de ciertas formalidades como son la *verba*, *littera o la res*. Esta formalidad es la expresión de la *voluntas legis*, que no es otra cosa que el contrato

59 BONFANTE, 1951, pp. 407-408.

nominado mismo, la formalidad típica, la voluntad de la ley. En el siguiente apartado, veremos cómo en los contratos consensuales no se exige ninguna formalidad y el sólo consens genera obligaciones, pero para ello requerimos examinar la evolución de los negocios y la aparición de la moneda.

5. EVOLUCIÓN DEL CONTRATO

El contrato dibujado como la fuente más importante de producción de obligaciones tiene un desarrollo interesante dentro de la historia romana que es menester analizar para comprender cómo se comporta la forma exterior y solemne, y cómo se van gestando los diferentes tipos contractuales.

5.1. Negocios *Per Aes Et Libram*

Para analizar este tema vamos a las eruditas palabras de Jors-Kunkel[60]: "El medio que primero se empleó para la circulación de mercancías fue entre los itálicos, como en todos los pueblos, la permuta de cosa por cosa. La medida general del valor en este sistema de trueque era la mercancía que daba el índice de la riqueza de pastores y agricultores, el ganado (*pecus*, y de aquí *pecunia*). Mil años antes de Cristo, aproximadamente, aparece el cobre (*aes*) sustituyendo como medida de valor e instrumento de pago al ganado, primeramente en trozos toscos o irregulares (*aes rude*) o en barras que se podían dividir según las necesidades (*raudera*, *rauduscula*). Posteriormente, según refiere la tradición justamente en tiempos de Servio Tulio, penúltimo rey romano, se inició la práctica de gravar en los trozos de cobre una marca, cuyo objeto no era fijar el valor, sino solamente señalar la idoneidad de cada trozo como medio de cambio, especialmente su pureza normal. El valor se medía pesando el metal

60 JORS-KUNKEL, 1937. pp. 129-132.

en una balanza. La unidad medida fue la libra (*libra*, *pondo*), llamada *as*, divisible en doce partes (*unciae*). Hasta el siglo cuarto no existen monedas en el sentido moderno; es decir trozos grandes de cobre fundidos (*aes grave*) con el peso de la unidad a que correspondieran.

De la época lejana en que todavía eran los trozos y barras de cobre no amonedados el medio usual de pago procede aquel acto formal de pago carácterístico de los negocios formales del *ius civile*, de aquí hemos de ocuparnos, y a los que dió su nombre de *negotia per aes et libram.* El acto se desarrollaba así: ante cinco testigos, por lo menos, todos capaces y ciudadanos romanos, y en presencia de un fiel contraste que sujetaba la balanza (*libripens*), se pesaba a la persona que había de recibir el pago el cobre necesario, pronunciando el que pagaba las palabras solemnes que expresaban el fin jurídico del pago. Los fines para que esta forma de pago pudiera servir eran tres, a saber:

a) Para la adquisición de derechos de señorío sobre cosas y personas. En este caso, el pagador (comprador) cogía el objeto de la compra al mismo tiempo que manifestaba ser de su propiedad por haberlo adquirido con su cobre (*hunc egohominem ex iure Quiritium meum essse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*). Por la formalidad de la toma (con la mano) de la cosa por el comprador el negocio se llamó *mancipium*... y más tarde *mancipatio.*
b) Para dar nacimiento al préstamo (mejor, a la obligación por préstamo). Este caso de negocio *per aes et libram* desapareció muy pronto de la vida jurídica y por tal causa no conocemos la fórmula que el pagador (o sea, el prestamista), pronunciaría; probablemente expresaría que, por medio de su cobre, vinculaba al prestatario (lo hacía reponsable), y de aquí el nombre del negocio, *nexum* (vinculación).

c) El pago formal con el cobre y la balanza podía perseguir, por último, la finalidad de liberar una obligación. En tal caso, el deudor que pagaba declaraba que se liberaba con el cobre de la obligación que tenía para su acreedor (*me a te salvo liberoque hoc aere aeneaque libra*). El nombre del negocio respondía a su fin: *solutio per aes et libram.*

La intervención de los testigos y del *libripens* daba a los negocios *per aes et libram* cierto carácter de publicidad primitiva. Y a esto se debió sin duda el que el derecho civil exigiera la forma de la *mancipatio* (o la semejante de la *in iure cessio*) para la enajenación de cosas de gran valor (fundos rústicos, esclavos y animales de tiro y carga, llamadas, por esto, *res mancipi*), mientras que las de escaso valor siempre se pudieron adquirir sin formalidades. Análogamente, en el *nexum* la forma solemne y pública con que la obligación era contraída indudablemente tenía por objeto imponer al deudor una responsabilidad más rigurosa que la constituida sin forma por el *mutuum.*

La evolución que experimentan los *negotia per aes et libram* se explica igual que su origen, por la historia del dinero en Roma. Tan pronto se introdujo el dinero amonedado, la pesada del cobre terminó por no ser práctica. Pero todavía se efectuaba la formalidad de pesarlas y continuaba circulando el dinero en lingotes. Las necesidades del comercio forzaron a considerar como valor el señalado en la moneda y a prescindir de la pesada real. El momento preciso en que esto ocurrió no es posible determinarlo, pero se puede afirmar que, por lo menos, coincidió con la reducción de las monedas de cobre y la introducción de las de plata poco antes de la primera guerra Púnica (año 264 antes de Cristo). A partir de entonces la pesada fue puramente simbólica, y consistía en tocar, la parte que pagaba, la balanza con un trozo de cobre (quizá en hacer bajar con él el platillo), qué después entregaba a la otra parte contratante. El pago real hubo

necesariamente de verificarse ya sin formalidades y aparte del acto solemne *per aes et libram;* pero los efectos del negocio, adquisición de la propiedad, nacimiento de la obligación y cancelación de ella, se siguieron atribuyendo a tal acto. A continuación de esto, y no muy tarde, cuando se trataba de traspasar la propiedad de una cosa con fines de donación o de *fiducia* se acude, para obtener tales efectos, a una compra formularia *per aes et libram* por un 'céntimo' *(nummo uno*), de manera que ya los negocios con el cobre y la balanza han perdido su contenido primitivo y se han convertido en negocios abstractos susceptibles de emplearse para obtener la transmisiones de la propiedad, la creación de una obligación o la cancelación de la misma, por todas la causas imaginables. Los romanos expresaron ya esto mismo cuando hablaban de una compra imaginaria o de un pago imaginario."

Ahora bien, una vez revisado el proceso de nacimiento del contrato *per aes et libram*, que en sí era la forma de contratar más antigua para engendrar obligaciones, cancelar las mismas o transmitir la propiedad, es necesario también referimos brevemente a la *mancipatio* y a la *in iure cessio.*

Para Jors[61], el más importante de los negocios *per aes et libram* fue la *mancipatio*, el que externamente conservó siempre el carácter de una compra, mediante el cumplimiento de la formalidad reseñada mediante la cual el adquirente cogía con la mano, ante los testigos y el fiel contraste, el objeto y pronunciaba, la fórmula pertinente, golpeando seguidamente en la balanza con un trozo de cobre, el cual entregaba al enajenante, el que guardaba silencio dando a entender así, tácitamente, que prestaba su conformidad a la aprehensión de la cosa por el comprador y asentía a la afirmación de ser ésta suya, con lo que quedaba transmitida la propiedad.

61 JORS-KUNKEL, 1937, pp. 132 y ss.

La *mancipatio* servía para la enajenación de cosas, o transmisiones por mancipación de personas libres sometidas a la potestad del padre de familia (hijos y mujer *in manu*) así como los esclavos, ganado y tierra, o para el otorgamiento del testamento.

Paralela a la figura de la mancipación, se encuentra ya en las Doce Tablas otra institución rituaria destinada a la constitución y extinción de derecho de señorío sobre personas y cosas, conocida como *in iure cessio.* Consistía en un verdadero proceso (en realidad simuladamente), ante el magistrado (pretor o gobernador en las provincias), y las formalidades eran idénticas a las del proceso contencioso. En su fórmula no se indicaba la causa de la cesión, siendo por ende un negocio abstracto. Se podía emplear para la cesión, constitución y extinción de todos los derechos que podían ser objeto del proceso vindicatorio: transmitir la propiedad de cosas, constitución de servidumbres, cesión de herencia, etc. La *in iure cessio* desaparece (como la *mancipatio*) paulatinamente en la época clásica y en tiempos de Justiniano fue totalmente suprimida. Veamos ahora algunos aspectos relacionados con el *nexum.*

5.2. El *Nexum*

Saber si el *nexum* constituía una forma de *mancipación* o era la *mancipatio* misma, o una forma del *negotio per aes et libram* o este negocio mismo, ha generado múltiples controversias.

De un lado, tanto el *nexum* como la *mancipatio* son vistas por Jors-Kunkel, como lo observamos anteriormente, como formas del antiguo negocio *per aes et libram.* Por su parte, Bonfante[62] cree que el *nexum* es la *mancipatio* de la misma persona del deudor, cuando refiere: "Parece, sin embargo, que el *nexum* no era precisamente sino la *mancipatio* de la misma persona del deudor o de un sujeto suyo

62 BONFANTE, 1951, p. 465.

(un *filius familias*), puesto como garantía del mutuo. En el lenguaje antiguo, *nexum* significa, ciertamente, *mancipium*, y la condición de los antiguos *nexi* por contratos parece ser aquella misma de los *mancipio dati* por delitos."

Por otra parte, Arias viene a manifestar:[63] "Sobre su naturaleza y carácter poco se sabe. Varrón recuerda que para Manilio sería todo acto celebrado *per* aes et *libram* en el que estaría comprendida la *mancipatio*, el testamento celebrado por el bronce y la balanza, etc., concepto que también se halla en Cicerón. En cambio, para Mucio (Scévola) el *nexum* sería el acto *per aes* et *libram* que crea obligaciones, lo que concordaría con una ley de las XII Tablas que opone el *nexum* a la *mancipatio*... Lo que no ha impedido que algunos autores, Mitteis y Lenel entre ellos, nieguen esta naturaleza del *nexum*."

Por su parte, Petit (1995) cree -refiriéndose a las formas del cobre y la balanza *per aes et libram*- que estas formas servían en el contrato *nexum* y en el traslado de propiedad *mancipatio:* "La palabra *nexum* ha designado primero toda operación llevada a cabo *per aes et libram*... Más tarde, esta formalidad aplicada a la transferencia de la propiedad tomó el nombre de *mancipium* o *mancipatio*, y la palabra *nexum* fue reservada para la creación de la obligación." (p. 319).

De modo que tenemos opiniones bastante encontradas: Jors piensa que el *nexum* es una forma de contratar al interior del negocio *per aes et libram* junto a la *mancipatio*; Bonfante (1951) cree que *el nexum* es la *mancipatio* en la persona del deudor; Varrón considera que el *nexum* era toda forma de contratar *per aes et libram* encontrándose la *mancipatio* como una forma de ella; para Muscio Scévola el *nexum* sería el mismo *negotio per aes et libram* opuesto a la *mancipatio* y finalmente Petit piensa que se trata del mismo *negotio*

63 ARIAS, 1941, p. 361-362.

per aes et libram, del cual se desgajó la *mancipatio* quedando el *nexum* reservado para la creación de obligaciones. Es decir, tenemos un menú bastante surtido, con platos suculentos a escoger a gusto del lector.

Pero más allá de esta polémica, se concuerda en que el negocio *per aes et libram* (ya sea catalogado como *nexum* o no) es la forma más antigua de contratar a través de formalidades, una de las cuales era la *mancipatio* (entendida ya como forma propia o derivada del nexum) y otra el *nexum* (entendido como productor de obligaciones), sin embargo, importa más ahora investigar cuál fue su naturaleza y características.

La eficacia del *nexum* -refiere Bonfante (1951)- era trascendental. Mientras el deudor no pagaba u otro no se ofrecía a pagar por él para librarlo con la solemnidad correspondiente de la *solutio per aes et libram*, al acreedor que había adquirido derecho sobre su persona o sobre la persona de un sujeto suyo se le permitía tener encadenado al *nexus*, o sea, al *obligatus*, golpearlo con vergas y hacerle trabajar por su propia cuenta. Probablemente, en su origen esta eficacia significaba que el deudor era reducido sencillamente a la condición de esclavo. Pero el Estado romano no toleró que un ciudadano se hiciera esclavo de otro ciudadano, y, por lo tanto, los *nexi* fueron considerados, solamente como *servorum loco*, o sea, como los *mancipio dati* de la época posterior.

Esta eficacia terrible del *nexum* fue causa de largas luchas entre los patricios acreedores y los plebeyos deudores y de escenas históricas tumultuosas, hasta que la *lex Poetelia*, en el año 326 antes de Jesucristo, libertó a todos los *nexi*, proclamando la abolición de la institución para el porvenir.

En este sentido, una vez desenvuelto el embrollo en torno al más primitivo de los contratos, veamos cómo nace y se desarrolla

la *stipulatio*, como forma clásica del contrato verbal y su evolución hasta el *cautio* (contrato literal).

5.3. Stipulatio y Cautio

Es importante hundir nuestro escalpelo jurídico sobre la temática de la *stipulatio*, toda vez que al lado de ella se van gestando los futuros contratos verbales, literales y los reales, cuando no los consensuales.

Por su parte Petit cree que tanto el *nexum* como la *sponsio* constituyen las formas más antiguas de contratar, así: "Las dos maneras más antiguas de obligarse que han estado en uso entre los romanos fueron primeramente el *nexum*, que tenía por causa un préstamo de dinero; después la *sponsio*."[64]

Por su lado Jors (1937) manifiesta:

> El tercer negocio formal del derecho romano con aplicación general es la *stipulatio*. A diferencia con la *mancipatio* y la *in iure cesssio*, 'era un negocio puramente obligacional. Su naturaleza es la de un contrato de derecho civil, fuente de obligaciones (*contractus*), contraído oralmente con formalidades especiales, y por virtud de la cual se promete una prestación. Su origen es totalmente oscuro; ni el nombre ni la fórmula rituaria mediante la que se realizaba son datos suficientes para encontrarlo, y todos los intentos que modernamente se han hecho en este sentido no han pasado del campo de la hipótesis. La oscuridad de su origen se debe probablemente a que, habiendo llegado a ser muy pronto un negocio de gran uso práctico, sus rasgos primitivos se perdieron por retoques y perfeccionamientos

64 PETIT, 1995, p. 318.

sucesivos hasta llegar a la época histórica a la cual alcanzan nuestras fuentes…

La forma de la estipulación era extraordinariamente simple. Consistía sólo en una pregunta del *stipulator* y en la consiguiente respuesta de la parte promitente *(promissor)*. Pregunta y respuesta habían de coincidir en sus términos formales, debiendo repetirse en la segunda el verbo empleado en la primera...

En la última época del derecho romano desapareció, también, el requisito de la oralidad. Ya durante la República fue corriente hacer constar por escrito la celebración de la *stipulatio (cautio)*[65] por razones de utilidad, ya que, al no exigir el negocio la presencia de testigos, si además de no intervenir éstos no se redactaba un documento, el negocio había de quedar sin prueba. Pero semejante documento estipulatorio no tuvo según la concepción Republicana y clásica otro sentido que el de documento probatorio; de suerte que si se demostraba que el acto oral formal no se había realizado, el documento carecía de valor, y el negocio no se consideraba existente... Al llegar la última época imperial este requisito comenzó, bajo el influjo de ideas griegas, a perder importancia. En el Oriente, después que ingresó en el gran marco del derecho romano (desde la *constitutio Antoniana*, del año 212 después de Cristo, como sabemos), la costumbre de redactar documentos hizo suya la cláusula estipulatoria, encontrándose de esta suerte un medio muy conveniente para adaptar los tipos de contratos del país a los requisitos del derecho romano... Los escribanos griegos apenas si entenderían la naturaleza

65 El uso de la *cautio* era abonado por razones de utilidad. Cfr. SALAS, 1982, p. 53.

> de la *stipulatio* romana, y muchos de tales documentos que representan o quieren representar una estipulación, están otorgados sin pregunta y respuesta, y hasta sin la presencia simultánea de las dos partes. La práctica, ya desde fines de la época clásica, se inclinó a dejar pasar tales faltas. De esta manera se llegó a la consideración de que la cláusula estipulatoria escrita constituía una prueba irrebatible de la celebración de la *stipulatio.* Con esto, el requisito de la oralidad estaba de hecho completamente abandonado y reconocido la fuerza obligatoria del documento según las ideas jurídicas griegas. (pp. 137 y ss.)

De esta forma el panorama se vuelve más paladino cuando revisamos cómo es que el contrato nace y evoluciona desde del derecho romano antiguo hasta el clásico, pasando por las formas de la *per aes et libram*: *mancipatio* y el *in jure cessio*, hasta la *stipulatio* y la *cautio*, como formas verbales y literales formales de contraer obligaciones.

Debemos también manifestar que los contratos verbales y literales constituyen en sí la realización de formalidades, sin las cuales el negocio no nace. Vale decir, que la voluntad legal estaría dada por la realización de la forma solemne y externa engendradora de consecuencias obligacionales. Aquí podría estar la *causa fuente*, de neto cuño etiológico, con su propia caracterología que no por ello nos lleva a considerarla como elemento del negocio verbal o literal; vale decir, la forma *verba* o *littera* no puede ser un elemento del negocio, porque constituye el negocio mismo, y nada puede ser elemento de sí mismo, sería absurdo decir que el elemento de un contrato verbal es la forma verbal, cuando para los romanos la misma formalidad constituía el *negotium.*

Lo que ocurre es que estamos acostumbrados a ver una determinada realidad histórica -antigua en este caso- con ojos modernos, queremos ver lo que nuestro entendimiento quiere que nuestros ojos vean[66].

Revisemos enseguida el nacimiento de los contratos reales, a partir de la explicación preliminar.

5.4. Contratos Reales

Ahora bien, una vez desbrozado este tema, veamos ahora cómo nace y evoluciona el contrato real a partir de los antiguos *negocios per aes et libram.* "Al mismo tiempo que la *stipulatio* venía a ser un instrumento cómodo para sancionar el acuerdo de las partes, -refiere Petit (1995, pp. 320-322)- nacían dos nuevos contratos, por decirlo así, de las ruinas del *nexum*; el *contrato litteris* y el *mutuum.*

Todo ciudadano acostumbraba a tener un registro *codex*, donde consignaba los actos de su vida privada. El que había hecho un préstamo por medio del *nexum* no dejaba de hacerlo constar, escribiendo que tal suma se había pesado y entregado al prestatario: *pecunia expensa Titio lata.* Se acabó por admitir, sin duda después de la ley *Paetelia Papiria*, que la comprobación del *nexum*, escrita por el acreedor, con el consentimiento del deudor, bastaba para hacer nacer la obligación civil, como si hubiese habido realmente empleo del *aes et libra*...

66 María Oderigo ve la noción de causa clásica de los contratos sinalagmáticos domatianos en los contratos antiguos romanos cuando dice: "La obligación de una de las partes es la causa de la obligación de la otra". Cfr. ODERIGO, 1982, p. 253. En el mismo sentido TORRES VÁSQUEZ, 1992, p. 26. En sentido contrario, véase RIPERT y BOULANGER, sf, p. 182, en que se dice *ad pedem:* "No se ha dicho en ningún texto que la obligación del vendedor tenga por causa la prestación del precio por el comprador."

Por otra parte, se vino a realizar el préstamo de dinero de una manera más sencilla. Cuando la moneda de plata estuvo en uso, se tuvo necesidad de pesar la suma prestada. El empleo del *aes et libra* cesó de ser necesario para la perfección del contrato, que no exigió en lo sucesivo más que la tradición de la suma al prestatario. Sin embargo, es probable que se añadiese con anterioridad a la entrega de las especies una *estipulación* para obligar al prestatario a devolver. Después se debió libertar de esta formalidad, que necesitaba la presencia de las partes, y se consideró como obligado al que había simplemente recibido una suma a título de préstamo. Esto fue el contrato de *mutuum* que se formó *re*, por la tradición traslativa de propiedad de cierta suma al prestatario. El uso de añadir una estipulación se conservó largo tiempo, sin ser obligatorio en adelante, atestiguando el estado anterior del Derecho...

Con posterioridad a esos contratos nacidos del *nexum*, fueron sancionados otros por el Derecho civil, como el *mutuum*, es decir, con la condición de que la convención fuera acompañada de la entrega de una cosa al deudor. Son el *comodato*, el *depósito* y el *pignus* o contrato de *prenda*...

Más tarde, la simple entrega de la cosa fue, por último, considerada en nuestras tres hipótesis, como una causa suficiente de obligación civil".

Cabe anotar en los contratos verbales y literales habíamos concluido que la realización de la formalidad engendraba la obligación civil porque esta forma era el mismo contrato (*voluntas legis*), en el marco de un pensamiento y actuar romano apegado a su espíritu práctico.

Hasta aquí, también es necesario concordar que en los contratos reales las obligaciones nacen a partir de la entrega de la *res*, de la prestación en sí. En otras palabras, los contratos *re* son en sí fuentes

de relaciones obligatorias, la *causa fuente* consistía en esta misma entrega del bien, de modo que en este extremo no podríamos decir que la prestación era un elemento del contrato real ya que lo constituía *in integrum* al ser el contrato mismo.

Por su parte Sohm sostiene que el *nexum* y la *mancipatio fiduciae causa* fueron las fuentes originarias de los contratos reales, y que al lado de ellos aparece en el comercio jurídico la *sponsio* y que el contrato literal hubo de aparecer y desarrollarse relativamente pronto, con el objeto, evidentemente de ser aplicado a los préstamos.[67]

Con ello precisamos que no existe un orden cronológico de prelación en la aparición de los contratos, sino que se desprenden de los antiguos negocios *per aes et libram* (*nexum* para otros) en los que encontramos la *mancipatio* y la *in iure cessio*, desprendiéndose de ellos los contratos estipulatorios (verbales), los reales y los literales. Por último, veamos ahora el nacimiento de los contratos consensuales.

5.5. Contratos Consensuales

Petit (1995)[68] considera que la venta era la operación más antigua de este tipo de contratos. Como vimos anteriormente, el trueque o cambio en propiedad de una cosa por otra, se efectuaba antes de la aparición de la moneda, pero con la aparición de ésta se distingue el trueque de esta nueva forma de adquirir el bien por un precio. De esta forma, para realizarla, el vendedor transfería al comprador la propiedad de la cosa vendida por mancipación o tradición, según los casos; era una *datio* a título de venta, de donde derivaba la *venumdatio*, y el precio era pagado inmediatamente.

Petit (1995) expresa:

67 SOHM, 1898, pp. 503-504.

68 Op. Cit. p. 322.

> Más tarde la estipulación proporcionó a las partes el medio de hacer la venta de otro modo distinto que al contado. Las obligaciones consentidas por el vendedor y el comprador se resumían y formulaban en una doble estipulación: uno se comprometía a entregar la cosa; el otro, a pagar el precio. La estipulación debió permitir también crear relaciones civilmente obligatorias en caso de arrendamiento y de sociedad. Se encuentran aún bajo el Imperio vestigios de este procedimiento. Pero la acción de derecho estricto que sancionaba la obligación nacida de la estipulación se sometía mal a la apreciación de deudas recíprocas. Por eso el Derecho civil acabó por sancionar la simple convención en caso de *venta*, de *arrendamiento* y de *sociedad*. Fueron contratos formados *solo consenso*. (p. 322).

Con este pasaje vemos cómo los contratos consensuales nacen del seno de los clásicos contratos formales, desde el trueque (en el caso de la venta), pasando por la mancipación y la estipulación hasta su total independencia de la formalidad. El contrato consensual es un reconocimiento de la ineficacia de la formalidad de producir obligaciones recíprocas *sui generis* que el antiguo sistema era incapaz de resolver. Es la propia sociedad en avance, la propia estructura societal quien se encargó de dar obligatoriedad a la voluntad consensuada. Roma llega así a sancionar simplemente la juridicidad de los contratos consensuales, sin necesidad de formalidad y **sin otros requisitos que él mismo.**[69]

Obviamente que los contratos consensuales, cuya eficacia jurídica está basada en el solo consentimiento, estaban reducidos a determinados tipos que el derecho los reconocía y les daba fuerza

69 Cfr. SOHM, 1898, p. 501.

normativa (compraventa, arrendamiento, mandato, sociedad). Las partes no tenían libertad ilimitada para crear cualquier contrato consensual, sino solamente los que estaban designados por el derecho. Ello no quiere decir que el fundamento de los contratos consensuales sea la *causa civilis*, entendida esta última como el carácter constitutivo del derecho, sin el cual los contratos consensuales no existirían. Pero es éste, justamente, el significado que Morales Hervias (2004) quiere darle a la vinculación de la *causa civilis* con el consenso:

> La *causa civilis* como la condición de eficacia vinculante de los contratos consensuales no se identificó con la conventio o el solo consensus sino con la tipicidad misma: la eficacia d la voluntad sólo se reconocía por lo que atañe a la ausencia de requisitos formales o reales, pero no para quebrantar el principio romano de que los contratos debían responder a figuras típicas, ordenadas en serie cerrada y con un contenido predeterminado. (p. 312).

Con ello Morales Hervias cree encontrar en la tipicidad normativad el fundamento de los contratos consensuales, pueso que fuera de los tipos consensuales (de compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad), no había posibilidad de que el consenso pueda crear otros contratos. Entonces, para este autor, tal tipo normativo MAS la formalidad de los otros tipos contractuales (verba, literis, res), constituye la causa civilis del contrato.

Como lo vimos anteriormente, esto es ajeno a los textos y su correcta interpretación. La *causa civilis* no es la formalidad, pero si lo fuera, estaría referida solamente a las formalidades ritualísticas clásicas (verba, literis, res) como causa etiológica de las obligaciones contractuales, pero de ninguna manera tal formalidad podría abarcar el tipo normativo que da fundamento jurídico al contrato consensual, por la sencilla razón de que los contratos consensuales

estaban basados en el consenso y no en la formalidad. El hecho que existieran solamente cuatro tipos contractuales consensuales (compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad), obedece a que Roma no era muy entusiasta en dar reconocimiento jurídico a todas las manifestaciones de voluntad, debido al carácter eminentemente ritualístico de su sistema normativo.

Ahora bien, la sanción o el reconocimiento que hace la ley de estos contratos consensuales, es declarativa y no constitutiva. Es el derecho quien reconoce una forma nueva de contratar que viene impuesta de abajo hacia arriba, de la propia realidad socio-económica y no al revés. La propia juridicidad es reconocida por el derecho, la misma que nace de la voluntad de las partes y no de alguna formalidad.

Es que, para el formalismo romano, la voluntad era demasiado abstracta, objeto de incertidumbres, incapaz de producir efectos si no se concreta en hechos materiales sensibles, llamativos y determinados[70], por lo que los contratos *verbis* se creaban mediante una fórmula oral, sacramental; en los contratos *litteris*, la obligación se formaba a partir de la inscripción de una fórmula en los registros del *pater familias*; y en los contratos *re*, se efectuaban por la entrega material de una cosa.

"A pesar de ello, esta primitiva estrechez -discurre Gaudemet (1984, pp. 43-44)- fue con el tiempo atenuándose. Hacia principios del siglo VII de Roma, se otorgó acción a cuatro pactos: la venta, el arrendamiento, el mandato y la sociedad, que fueron llamados contratos *consensuales*. Así nació la idea según la cual las voluntades unidas libremente y sin formalidades, pueden crear obligaciones sancionadas por la autoridad pública.

70 GAUDEMET, 1984, p. 43.

Sin embargo, la idea quedó restringida a esos cuatro contratos; respecto de los demás pactos, la evolución tuvo menor alcance. El principio general de este sistema complejo es el de que el pacto no engendra acción alguna y que el pretor puede sancionarlo únicamente mediante una excepción: *la exceptio pacti conventi.*

El derecho romano se detuvo ahí; pero llevaba ya el germen de una idea fecunda.

La obligatoriedad de los contratos consensuales a partir del principio de la voluntad consensuada, aunque de un desarrollo aún básico, representa el triunfo del derecho de gentes sobre el Derecho Civil[71]. Es decir, consistió en una institución que se venía aplicando en la realidad y que el derecho oficial receptó en su seno dándole acción y tipificándola. Idea fecunda que luego la historia se encargaría de desenvolver y explicitar hasta desembocar en las concepciones que ven en la voluntad la fuente productora de obligaciones, la misma que fue llevada por el liberalismo capitalista dieciochesco al paroxismo, y después fue atenuada con la presencia del factor social fruto de la irrupción de los derechos de la segunda y tercera generación que veremos en los capítulos venideros.

De esta manera podemos establecer una conclusión preliminar en el sentido de que las formalidades verbales y literales constituyen en sí los contratos de este género, así también la entrega de la cosa

71 Es necesario anotar nuestra postura, en el sentido que particularmente creemos que pese a que el sistema de los contratos era una estructura cerrada, estos cuatro contratos aparecen en la escena histórica de Roma como fruto de las demandas y requerimientos sociales; constituyen un estadio dentro de la evolución del derecho romano, viniendo a cumplir una función específica de flexibilización de los rígidos cánones ritualísticos, aunque los demás contratos estuvieran celosamente protegidos por la voluntas legis y amparados por su férula protectora, no significando con ello que no se dio participación a la celeridad contractual a través de estos negocios consensuales que facilitaron el tráfico negocial. Este aparato jurídico formal cae a medida que el derecho se perfecciona espiritualizándose, la voluntad iría a ocupar el sitio que le corresponde.

constituye el contrato real, de modo que a partir de estas formas solemnes nacen obligaciones prescritas por la ley. Esta formalidad es la *causa fuente*, presupuesto generador de obligaciones, que no es sino la fuente de la ley *(voluntas legis)*.

Estas formalidades verbales o literales (que dan origen a los contratos verbales y literales), o incluso la datio o res (que constituye los contratos reales nominados, e incluso los reales innominados) son la causa eficiente, cuasa fuente o etiológica de los contratos. Ya vimos que estas formalidades no son la *causa civilis* (de acuerdo a las autorizadas tesis de Petit, Puig Brutau y Giorgi), sino que constituyen la causa etiológica. De modo que yerra Morales Hevias (20004) cuando considera que el contrato no es más que la convención MAS la formalidad (verba, litera, o re), donde dicha formalidad sería la causa civilis o "causa" que convierte a la convención en contrato, y haciendo de la causa "la condición de eficacia vinculatoria de los contratos… el fundamento de la eficacia jurídica de los contratos en el Derecho romano en general. El solo consentimiento no bastaba ni siquiera para vincular a las partes." (pp. 308-309).

Tal concepto es totalmente ajeno a la verdad. Ya vimos que la *causa civilis* no era la formalidad, pero aún si así lo fuera, tal formalidad sería entonces el fundamento de la eficacia jurídica puesto que dicha formalidad constituiría la causa etiológica del contrato. Ello no conlleva a admitir que dicha causa etiológica sea la causa de la obligación a modo de causa final –como Morales Hervias quiere pensar-. Asimismo, no es cierto tampoco, como lo venimos revisando, que los contratos consensuales no tuvieran al solo consenso –sin formalidad- como fundamento de eficacia jurídica: Afirmar lo contrario es contradecir la verdadera significación de la historia que parte de una correcta lectura de los textos romanos sin manipulaciones.

Con respecto a los contratos consensuales, el reconocimiento que hace la ley de la obligatoriedad que nace de la misma fuerza de la voluntad, no puede confundirse con la tipicidad como causa fuente. La causa generatriz de los efectos jurídicos es la misma voluntad consensuada. Como vimos, el desarrollo espiritual del contrato se detiene en Roma en los cuatro contratos clásicos: venta, arrendamiento, mandato y sociedad, pero el germen de la voluntad como generadora de efectos jurídicos quedaba latente.

Sin embargo, reconocer por *causa fuente* de relaciones obligatorias tanto a la formalidad *verba*, *littera* o *re*, o a la propia voluntad consensuada, no justifica a pensar que son estos elementos independientes de la voluntad y que concurren con ella para la formación del contrato, ya que, como revisamos anteriormente, la voluntad no genera (salvo las excepciones anotadas) efectos jurídicos debido al espíritu formalista de los romanos desconfiados en un inicio del solo consenso.

Estudiemos ahora cuál fue el desarrollo y la fisonomía de los contratos innominados, para estar premunidos de todos los elementos de análisis sobre la causa jurídica en Roma.

6. DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS Y LA CAUSA DEL CONTRATO EN ARISTON.

Antes de ingresar a estudiar la naturaleza de los contratos innominados, vamos a revisar la fuente del texto legal romano en el Digesto:[72]

> "Ulpiano; Comentarios al Edicto, Libro IV.- Pero si la cosa no pasare a otro contrato, y subsistiere, sin embargo, la causa, respondió acertadamente Aristón a Celso, que había

72 EL DIGESTO. Libro II, Título XIV, de los Pactos, 7, 2, Op. Cit., p. 276.

> obligación; por ejemplo, te di una cosa, para que me dieras otra; di, para que hagas algo, esto es *sinalagma* (contrato), y de aquí nace una obligación civil. Y por ello opino que con razón fue Juliano reprendido por Mauriciano en esto: te di a Stico, para que manumitas a Pánfilo; lo manumitiste; Stico fue vindicado. Juliano escribe que se ha de dar por el Pretor la acción del hecho; aquel dice, que basta la acción civil de cosa incierta, esto es, la *praescriptis verbis* pues que hay un contrato, que Aristón llama sinalagma, de donde nace esta acción."

De esta manera vemos cómo el propio Digesto trata de una manera clara y precisa el tema relacionado con los contratos que en la Edad Media se los denonimó "contratos innominados", y justamente porque el Derecho civil no les ponía ningún nombre pero les concedía acción tal cual los cuatro contratos clásicos típicos estudiados: verbales, literales, reales y consensuales.

Algunos autores piensan que el problema sempiterno de la causa se plantea inicialmente en el derecho romano a raíz de los contratos innominados[73], razón por la cual es menester estudiar la naturaleza de estos contratos. El grueso de la doctrina civilista concuerda en que el contrato innominado es un contrato real innominado[74], por cuanto para formarse se requiere de la ejecución de la prestación de una de las partes, a partir de la cual nacería el contrato. De esta forma el contrato innominado germinaría como consecuencia de la realización de la primera prestación, que es la entrega de una cosa (datio) o la ejecución de un servicio (facere).

---

73 GARCIA DE ENTERRIA, sf, p. 545.

74 CAMUS, 1942, p. 156. En idéntico sentido Sohm piensa que en el Derecho Romano se conocieron dos clases de contratos reales: unos que tenían nombre (contratos nominados), y otros que no lo tenían (innominados). Cfr. Sohm, 1898, p. 505.

Dicha prestación primigenia tomó el nombre de "*causa data*" que no era sino la misma *res* engendradora del contrato innominado mismo, es decir, que la cosa, el objeto entregado funcionaría a modo de causa eficiente o etiológica de obligaciones. "Los pactos innominados requieren una causa que los vista; así la cosa ya dada o lo ya hecho será *causa eficiente* para lo que se dé o para lo que se haga (no las mutuas promesas, ni las promesas de donar)."[75]

Algunos autores piensan que esta *res* o *causa data* es un elemento de formación del contrato -caso de Gorla[76], Bonfante[77]- junto a la voluntad negocial. Debemos aclarar que, si bien es cierto que la susodicha *causa data* juega el papel de fuente del contrato, no es de ninguna manera un fundamento jurídico validante de la obligatoriedad del contrato a modo de un elemento abstracto que pueda ser independizado del contrato mismo y que adosado a la voluntad se constituya en el factor diferenciador de los pactos y contratos, sino que constituye la causa fuente de la obligación consecuente. Por esta razón es que las prestaciones mutuas resultaban revocables antes de que una de ellas cumpla con su prestación, a partir de este momento la ley le concedía una acción judicial para reclamar la contraprestación.

Entonces la *res* o *causa data* no tenía para nada el carácter de elemento anejo a la voluntad, simplemente era un elemento de formación del contrato a modo de elemento generador de obligaciones, productor de efectos y no una categoría independiente. Es más, se podría concebirlo como se concebía la formalidad real en los típicos contratos reales, pero existen algunas diferencias que pasaremos a explicar.

---

75 CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 170.

76 GORLA, 1959,, p. 32.

77 BONFANTE, 1951, p. 408.

En los típicos contratos reales (depósito, comodato, mutuo, prenda) se entrega primero la cosa para que ésta sea devuelta o restituida con posterioridad, sin embargo, en los contratos innominados (*do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*[78]) la entrega de la cosa o realización del servicio, no es para que se devuelva la misma cosa, sino otra distinta.

También en los contratos unilaterales reales, la entrega de la cosa es un elemento de formación del contrato, no en el sentido de ser una categoría apilada a otros elementos, sino como elemento fontanal, como el productor de efectos, causa fuente que pruduce relaciones jurídicas. La causa será entendida, en estos contratos reales típicos, como el objeto o la *res* misma, que constituye el propio contrato.

Como vemos, en ambos tipos de contratos reales (los nominados y los especiales innominados) juega un papel importante la causa fuente[79], elemento formativo del contrato, hecho engendrador de efectos jurídicos, causa fuente de relaciones obligacionales, recayendo dicha causa en la *res* o la cosa. Gorla (1959) lo dice sabiamente: "Es también interesante advertir que, al parecer, la '*causa data*' podía consistir en cualquier prestación." (p. 33). De modo similar para los Mazeaud (1960, p. 292), el cumplimiento del *factum* era la causa eficiente productora de obligaciones en el contrato innominado. Del mismo criterio parece ser Huc, para quien la palabra *causa* es sinónima -en estos casos- de *res*[80].

78 Literalmente traducido, resultaría respectivamente: "Doy para que des, doy para que hagas, hago para que des, hago para que hagas."

79 Sohm cree que los contratos reales nominados daban lugar a la *devolución* de la cosa; los innominados a una *prestación* de la parte contraria. Cfr. SOHM, 1898, p. 505.

80 PESCIO, 1958, p. 129.

El concepto de sinalagma es asemejado por Aristón al contrato, en el sentido de que una vez que se haya producido la entrega del bien, el contrato ya se formó y genera una consecuencia que es la contraprestación, en cuyo defecto la acción *prescriptis verbis* resuelve cualquier deficiencia.

De otra parte, tampoco podría pensarse que en estos contratos innominados la palabra "*ut*", en las nomenclaturas del *do* ut *des*, *do* ut *facias*, *etc.* (*... para que...*), pueda estar referida a la causa fin o motivo del promitente o del enajenante: Nada más ajeno a la verdad. Gorla sentencia con claridad: "Es interesante advertir que puesto que la '*causa data*' es un elemento de *formación* del contrato no tiene nada que ver, pese a la ambigüedad del término, con la '*causa*' en el sentido de fin o motivo del promitente o del enajenante, ni con el problema de la *cause suffisante*", y seguidamente continúa: "Sin embargo, el *ut* en las expresiones *do ut facias* y similares, ha sido fuente de equívocos, por más que dicho *ut* no se refiera a la promesa sino a la *datio* (que aquí constituye precisamente la 'causa')."

En virtud de la cita anterior de Gorla, muy bien convendría compararla con el planteamiento de Gallo, Knutel y Santoro, citados por Morales Hervias (2004, pp. 302-303), en el sentido de querer afirmar que la *datio* o la *res* era una entrega "para" obtener una finalidad. Como ya lo explicó Gorla, tal aseveración es inexacta. Esta causa no es ni elemento del sinalagma ni finalidad. Es un exceso de interpretación el querer hacer de la causa etiológica o causa data un elemento estructural del contrato, como incorrectamente plantea Morales Hervias, apoyado en Santoro, quien dice: "La *causa* del contrato es, por tanto, el fundamento que lo justifica y que representado por la función que ella está dirigida a realizar."[81]

81 MORALES HERVIAS, 2004, p. 305.

Ahora bien, tal cual lo manifestamos, cuando la parte ejecutante realizara la dación o ejecutara la prestación, estaba premunida de una acción judicial denominada *actio praescriptis verbis*: Dicha acción surgiría a partir de la realización de una de las prestaciones convenidas (*causa data*). "En efecto, se puso en práctica el principio según el cual, siempre que se conviniera en que los contratantes se debían prestaciones recíprocas, la prestación de la parte contraria había de poder ser exigible por medio de una acción desde el mismo momento en que la parte demandante hubiese cumplido su prestación. Entonces pudo, por consiguiente, entablarse demanda, no ya en virtud del consentimiento como tal, sino en virtud del hecho de que el consentimiento había sido acompañado de la entrega de una cosa, de una *prestación* (*res*), o sea, en virtud de haberse celebrado un contrato real."[82]

Con esta última cita pretendemos demostrar que la *causa data* o *res*, que actúa como fuente genética de la relación obligatoria, constituye la voluntad de la ley, *voluntas legis*, porque a partir del momento en que una parte ejecuta su prestación nace el contrato real innominado, no antes: La acción no es válida en función de la voluntad negocial sino del cumplimiento de la prestación que es el contrato mismo, la fuente genética de la obligación jurídica, para lo cual dispone de una acción judicial para exigir a la otra parte a cumplir con su prestación porque el contrato existe desde el preciso instante de la primitiva ejecución.

La tesis que postula Morales Hervias con respecto a que los contratos romanos no son sino convenciones + causa, es incorrecto. Morales piensa que "este requisito suele denominarse, con expresión no romana, *causa civilis*, y sus modalidades más características son: o una forma especial –la solemne verbal de la *stipulatio*, o la escritura

82 SOHM, 1898, p. 509.

en ciertas condiciones-, o una *datio rei*, entrega de una cosa. Los romanistas españoles terminan diciendo que en el Derecho moderno se da la igualdad 'contrato'='convención' + *causa civilis* (forma, *datio rei*): los conceptos de la *conventio* y de la *causa civilis* determinaron un concepto implícito de la palabra 'contrato' en el Derecho romano."[83]

Como lo sostuvimos anteriormente, reconocer por *causa fuente* de relaciones obligatorias tanto a la formalidad *verba*, *littera o re*, o a la propia voluntad consensuada, no justifica a pensar que son éstos elementos independientes de la voluntad y que concurren con ella para la formación del contrato, ya que, como revisamos *ut supra*, la voluntad no genera (salvo las excepciones anotadas) efectos jurídicos debido al espíritu formalista de los romanos desconfiados en un inicio del solo consenso.

De la misma forma, "a la voz causa empleada por el *Digesto* no puede atribuírsele ninguno de los sentidos que utiliza la doctrina moderna al estudiar la causa en sentido técnico jurídico, ya que con ese vocablo aludían los romanos a la voluntad de la ley"[84], por lo que mal haríamos si pensamos que la *causa* referida por el Digesto no es la voluntad misma de la ley que otorga acción judicial a los contratos, en este caso a los innominados. No podemos pensar tampoco que esta causa fuente se trata de un elemento del contrato o el fundamento obligatorio del mismo a modo de una categoría adherida a la voluntad, que se junta a ella para constituirse en un criterio diferenciador de aquellas convenciones que no pasan a la categoría contractual y se mantienen como simples pactos.

De otra parte, si revisamos la forma como el Derecho justinianeo tuteló los contratos innominados, comprobaremos la presencia de diversos medios de tutela otorgados al ejecutante de la prestación

83 MORALES HERVIAS, 2004, p. 308.

84 MUÑOZ, 1960, p. 162.

primitiva, cuyo fundamento no descansa sino en un categoría causal identificada con la *res*, por lo que con Ventura Silva (1995) diremos:

> Así, tratándose de negocios *do ut des* y *do ut facias*, la parte que cumple la prestación puede pedir a la otra parte que no cumplió que le restituya la cosa mediante la *condictio* que en el caso fue llamada por los justinianeos: *condictio causa data causa non secuta*; o bien obtener el resarcimiento del perjuicio sufrido por el injusto retraso en el cumplimiento, utilizando la *actio doli* (negocios *facio ut des* y *facio ut facias*). Asimismo, y sin que medie retraso culposo en tal cumplimiento sino únicamente por no verificarse éste, se puede reclamar la prestación mediante la *condictio ex poenitentia*. Finalmente, cuando al contratante que cumplió con su prestación no le interesaba recuperar la cosa entregada, sino que la otra parte cumpliera con su contraprestación, en estos casos, se concedió primero para algunos contratos especiales, y después en forma general para los contratos que examinamos la *actio praescriptis verbis*. (p. 376).

En toda esta pléyade de mecanismos que el Derecho civil justinianeo ponía en manos del ejecutor primitivo de la prestación, se comprueba que bajo todas estas herramientas, subyace una noción de causa entendida como *res* o cosa: Huc tiene un pensamiento consecuente con esta postura y piensa que la causa de las obligaciones no sólo es su fuente sino la cosa en sí, veámoslo enseguida[85]: "Existe un gran interés en determinar exactamente el sentido etimológico de la palabra COSA. La palabra *cosa* viene de la palabra latina CAUSA de la que no es sino una transcripción. Sin duda la palabra CAUSA

85 PESCIO, 1958, p. 129.

empleada en las fuentes significa, algunas veces, EL PRINCIPIO GENERADOR DE UN EFECTO; pero, en su más ordinaria acepción es sinónima de RES; significa, simplemente, OBJETO O PRESTACIÓN efectuada o por efectuarse. Más especialmente, RES indicaba una prestación por efectuarse o subsecuente; CAUSA, una prestación ya efectuada o antecedente. La misma expresión significaba sobre todo lo que, en el lenguaje moderno, se denomina CONTRAPRESTACIÓN O CONTRAVALOR, en los casos en que la CAUSA SUB EST CONVENTIONI. Es en este sentido que notoriamente la palabra CAUSA es empleada para caracterizar ciertas CONDICIONES; LA CONDICTIO CAUSA DATA, CAUSA NON SECUTA; la CONDICTIO OB TURPEM CAUSAM, la CONDICTIO SINE CAUSA, etc. La palabra causa significa, además, toda RES que se percibe en ocasión de un bien. En este sentido, se dice que ciertas restituciones deben ser hechas CUM OMNI CAUSA. En otras oportunidades, la palabra CAUSA es empleada en el sentido de NEGOTIUM (ex-variis causarum figuris). Todos los lexicógrafos están de acuerdo en determinar, como acabamos de hacerla, las acepciones diversas de la palabra CAUSA en los textos a que nos hemos referido. Mientras tanto, los comentadores, cada vez que han encontrado la misma expresión CAUSA, le han dado el sentido especial o particular de principio generador de un efecto (CAUSA EFFICIENS), y desconocen el sentido general de RES, COSA, OBJETO, PRESTACIÓN; de suerte que, por ejemplo, la locución SINE CAUSA, que quiere decir SIN OBJETO, ha revestido una significación totalmente diferente y les ha parecido que quiere decir SIN CAUSA. El dominio de la rutina es tan fuerte, en cuanto al punto de vista que nos ocupa, que a propósito de una fórmula en que la palabra CAUSA está manifiestamente empleada como sinónima de RES (*cum nulfa sub est propter conventionen*) un autor -Larombiére- ha llegado a decir que 'no habría para qué preocuparse de esta *singular* acepción de la causa."

Con ello ponemos énfasis en el discurso que venimos empleando en este apartado, por cuanto Huc viene a confirmar el sentido real de la palabra causa, una significación emparentada con la *res*, objeto o prestación.

Sin embargo, también hemos manifestado que, pese a que la *causa data* sea la *res* misma, no habría objeción en considerar esa *datia* como la causa fuente de la relación obligacional, por cuanto el contrato innominado no nacía sino como consecuencia de la ejecución de la prestación de una parte. Esta formalidad era la que daba obligatoriedad al contrato y se soldaba con ella expresando la voluntad de la ley. Obviamente que Huc le da mayor precisión al vocablo *causa* cuando analiza los pormenores de los mecanismos entregados por la ley al accionante, en los que usualmente la *causa data* es ligada a consideraciones extrañas a la del objeto, prestación o *res*.

Concluyendo, vemos que en los contratos innominados, la causa aludida en el Digesto no es la causa fin o el motivo de las partes, sino que es la *res*[86] o el objeto (*causa data*), sin el cual no nace la obligación. Es el contrato mismo, la voluntad de la ley, y no un elemento nuevo que funcione como categoría abstracta adosada a la voluntad que distinga al contrato del pacto, ya que los romanos no hacían de la causa un requisito de formación de los contratos[87]. Para ahondar sobre ello, vamos a profundizar en el siguiente apartado, no sin antes referimos a la teoría de Domat que incorrectamente pretendió arrancar su análisis a partir de este texto del Digesto.

En lo que atañe a los textos relativos a la teoría de los contratos innominados, de donde Domat extrae su falsa doctrina, se alude al

86 "La palabra causa es sinónima de *res* y se refiere al objeto de la primera prestación". En OURLIAC y MALAFOSESE, 1960, p. 289.

87 MAZEAUD, 1960, p. 287.

Digesto, 2. 14, *de pactis* -ya reseñado *ut supra*- donde Dabín concluye tajantemente que Domat confundió los contratos sinalagmáticos con los innominados que son unilaterales y no bilaterales, al respecto: "Este texto se relaciona con la teoría romana de los contratos *innominados*. En esta categoría se incluían, como es sabido, todos los contratos que no tenían nombre; es decir, aquellos que, exclusión hecha de los contratos formales, cuyo cuadro era rígido, no figuraban en la lista muy limitada de los no formales, consensuales o reales.

En tiempo de Ulpiano, y aunque el desarrollo de la teoría no fuese completo (sólo llegó a serlo bajo Justiniano), la noción del contrato innominado tenía ya unos contornos bien delimitados. Estos contratos suponen un acuerdo de voluntades, cuyo objeto lo constituían las prestaciones recíprocas, y que sólo engendraban obligaciones *naturales*, alegables únicamente mediante excepciones (*nuda pactio*).

Así es que solamente en el caso de que una de las partes hubiese ejecutado ya su prestación, disponía la otra gozara de una acción (*actio praescritpis verbis*), para obligar al otro contratante a la ejecución de la suya. La causa generadora de la obligación civil con su acción correspondiente, se concentra aquí en el *dedi*, es decir, en la ejecución por una de las partes de su promesa. Lo convenido, no viniendo a agregársele una *causa*, continúa siendo impotente para la creación de una obligación civil.

Ahora bien; el Derecho moderno desconoce precisamente esa transición en la evolución de la teoría, que terminó hace bastante tiempo. La simple *conventio* es suficiente para vincular a ambas partes; desde el instante en que surge el consentimiento, y por su sola potencia, cada una de las partes se encuentra civilmente obligada, sin que sean necesarias ni *causa*, ni prestación alguna. Domat no ignoraba que la teoría de los contratos innominados había dejado de existir

en el Derecho de su tiempo, y por ello dice, despectivamente: 'estas sutilezas no están ya en uso', con lo que pone una vez más en evidencia que la confusión en que incurrió es totalmente inexcusable"[88].

De esta manera, Dabín reafirma nuestro aserto en el sentido de que Domat equivocó su interpretación de los contratos innominados, cuya supuesta causa no era sino la ejecución anterior de la prestación, como corresponde en los contratos reales innominados; y en mérito a esta lectura falsa y equívoca se produjo bien pronto una falsa construcción de una teoría que ha venido signada con el estigma de falsa e inútil, como veremos más adelante, cuya cauda artificial provocó no pocos contratiempos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales.

7. DE LOS CONTRATOS Y LOS PACTOS

Cuando transcribimos la parte pertinente del Digesto, en el libro II, título XIV, dijimos lo siguiente:[89]

> "Y es pacto el consentimiento de dos o más sobre una misma cosa convenida.
>
> La palabra convención es genérica, perteneciendo a todo aquello sobre que para celebrar o transigir un negocio consienten los que entre sí lo tratan; porque así como se dice que convienen los que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar, así también los que por diversos movimientos del ánimo consienten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer. Mas de tal modo es genérica la palabra convención, que, como discretamente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación,

88 DABIN, 1929, pp. 29-31.

89 "Cuerpo del Derecho Civil Romano", 1ra parte. El Digesto, 1889, pp. 275-276.

> que en sí no contenga convención, ya se haga de obra, ya de palabra; porque aun la estipulación, que se hace de palabra, es nula, si no tuviera el consentimiento.
>
> Pero la mayor parte de las convenciones reciben otro nombre, como el de compra, arrendamiento, prenda o estipulación."

De esta forma quedan presentes tres categorías: el pacto, el contrato y el convenio. Se dice que el pacto es un consentimiento, que la convención es un acuerdo de voluntades entre los que negocian y que muchos de estos acuerdos reciben nombres típicos como la compra, arrendamiento, prenda o estipulación, o sea, el nombre de contratos.

Ahora bien, si la convención es todo acuerdo de voluntades, tanto el pacto como el contrato quedarían incluidos en este género por cuanto ambos comparten la misma caracterología, sin embargo, las dos figuras tienen su propia particularidad que pasaremos a exponer. La diferencia entre pacto y contrato la da el mismo Digesto cuando dice[90]:

> "Pero cuando no subsiste ninguna causa, es sabido que entonces por la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción." (*Sed quum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*)

Este pasaje del Digesto es sumamente importante por cuanto ha suscitado encendidas polémicas y no pacíficas controversias. Cuando

90 Cuerpo del Derecho Civil Romano", 1ra parte. El Digesto, 1889, p. 276.

el Digesto dice: "Pero cuando no subsiste ninguna causa, es sabido que entonces por la convención no puede constituirse obligación." Con ello se ha pretendido explicar la diferencia entre pacto y contrato en el sentido de que los contratos son las convenciones con causa (constituida por la formalidad *verba*, *littera*, *res* o la tipicidad del contrato consensual o la entrega del bien del contrato real innominado) que engendran obligaciones civiles exigibles mediante una acción, mientras que en los pactos no habría sobredicha causa, por lo que no podría generar obligación civil -tan solo natural- sin derecho a acción sino sólo a una excepción.

Sin embargo, en los apartados anteriores concluimos en que la causa a que se refiere el Digesto no es la causa fin, ni el motivo del promitente, ni la causa entendida como categoría abstracta que funcione como un elemento adosado a la voluntad y que los romanos lo tuvieron en cuenta para que, a partir de él, la ley se expresara. Petit al respecto manifiesta que la teoría que hace de la formalidad una *causa civilis* a modo de condición esencial del contrato, es demasiado absoluta y extraña a los textos.[91] No era la causa, como lo hemos sostenido hasta el cansancio -pero es pertinente insistir en ello-, sino la causa fuente o etiológica que representa la *voluntas legis* o la voluntad de la ley. Para Pescio -reproduciendo a Beudant-, la causa de las obligaciones no era otra cosa que su fuente legal, o sea, el hecho de donde nacía el vinculum juris y "si los simples pactos no engendraban obligaciones era, precisamente, porque no ofrecían los elementos legales constitutivos de una causa generadora suficiente."[92]

Contundentemente Puig Brutau (sf) remata al respecto[93]:

91 PETIT, 1995, p. 317.

92 PESCIO, 1958, p. 130.

93 PUIG BRUTAU, s.f., p. 122.

> El célebre texto del Digesto según el cual los pactos nudos no dan lugar a una obligación, sino únicamente a una excepción, pues para lo primero ha de existir una causa además del convenio... A primera vista parece que este fragmento exige que, además del consentimiento, concurra otro requisito llamado causa... Pero en realidad, se trata de algo muy diferente que puede expresarse de la siguiente manera: 'un acuerdo no es un contrato a menos que la ley lo haya previsto como tal'. Para decirlo como Bonfante, la causa del contrato a que se refiere dicho fragmento del Digesto es la voluntad de la ley (*voluntas legis*), en lugar de algo que derive de la voluntad de las partes..." y luego continúa en otro parágrafo: "Sólo de una manera muy superficial puede estimarse como precedente del moderno concepto de causa." (p. 122).

Con ello no se hace sino dejar bien establecido que aquellas posturas como la de Taboada[94] que pretenden ver en el término *causa* un elemento más del contrato en virtud del cual se lo pueda diferenciar del pacto, no es sino una estimación superficial, según Puig Brutau, o extraña a los textos romanos y demasiado absoluta, según sostiene Petit, ya citado.

De la misma forma, Bonfante piensa que esta causa fuente es fruto de la voluntad legal cuando dice: "No obstante este desarrollo, las causas que sin ir revestidas de formas constituyen el contrato se presentan siempre en el Derecho romano como excepciones; son relaciones determinadas *expresa y positivamente* por el legislador, y se advierte, por lo tanto, con pleno conocimiento y con perfecta claridad que la causa debe existir, que el acuerdo o la convención no

94 TABOADA, 1996, pp. 61-99.

es contrato."[95] De igual criterio es Mamesa: "Roma, con su sistema riguroso y formalista de contratación, con las diferencias entre el contrato y el pacto, dejó en su concepto de la causa aplicada a aquél la expresión de la fuerza con que la ley civil lo sancionaba."[96]

Con ello no se hace sino enfatizar la diferencia entre los contratos y los simples pactos: en los primeros la obligatoriedad contractual emana del cumplimiento de la formalidad o del propio consentimiento y se presenta a modo de una relación *expresa y positiva* reconocida por el legislador, o sea, que esta causa fuente es la *voluntas legis* y no otro elemento entendido como categoría abstracta que la ley atiende para diferenciar el contrato del pacto. De la misma manera, los otros pactos que no tengan este reconocimiento *expreso y positivo* no serán contratos sino simples pactos.

De modo que cuando el Digesto manifiesta que si una convención no tiene causa, no se está refiriendo a un elemento exigible por sí mismo, sino que alude a la voluntad de la ley, la misma que hace que una convención sea o no contrato. Por ejemplo, tenemos los contratos verbales, literales, reales (los nominados y los innominados) y los contratos consensuales. Dichos contratos explican su fuerza obligatoria por el cumplimiento de una formalidad (*verba*, *littera*, *res*) o por el simple consentimiento: En todos ellos existe causa fuente, la misma que es la voluntad de la ley, a partir de la cual se les prodiga de acción y no excepción.

Asimismo, los contratos consensuales nacen por efecto del solo consentimiento, del solo *consensu*, sin necesidad de otro elemento. Estos contratos son en sí pactos, convenciones, que nacieron como el resultado del triunfo del derecho de gentes sobre el derecho civil, pero las leyes cerraron el círculo del reconocimiento de

95 BONFANTE, 1951, p. 410.

96 MANRESA y NAVARRO, 1918, p. 697.

obligatoriedad contractual a estos cuatro tipos de convenciones o pactos consensuales, que son la compraventa, el arrendamiento, el mandato y la sociedad. La pregunta es recurrente: ¿por qué no se siguió reconociendo capacidad contractual a otros tipos de pactos diferentes a los cuatro supracitados? Como lo hemos sostenido en este capítulo, el espíritu romano muy afecto a su carácter pragmático y muy apegado a las formalidades, desconfiaba de la voluntad si es que ésta no se materializaba en aspectos concretos o en rituales o formas solemnes y exigibles. Los contratos consensuales representan una excepción frente a esta regla, sin embargo, los juristas romanos se detuvieron allí y no concedieron acción más que a estos contratos, dejando a los demás pactos sólo una excepción y obligatoriedad natural mas no civil.

No obstante este lento desenvolvimiento de las instituciones romanas, con el paso del tiempo y la madurez y evolución de la sociedad y del factor comercial, los pactos empezaron a adquirir mayor importancia y a ser protegidos mediante otras herramientas. Es por eso que Bonfante explica la eficacia de estos pactos de la siguiente manera: "Con esto el Pretor no reconoció plena eficacia del pacto -lo que si el pacto se entiende como sinónimo de convención, habría conducido a una completa revolución del sistema contractual romano- ni concedió, por lo tanto, acción alguna a base del mismo; pero obligándose a respetar los pactos en el ejercicio de su jurisdicción, cuando alguien intentaba una acción a base de una relación establecida legalmente, concedió la *exceptio pacti conventi* al demandado que tuviese un pacto a su favor. En virtud de esta sanción general, el pacto simple resultaba prácticamente eficaz en los casos siguientes:

1º Cuando su fin era eliminar total o parcialmente la eficacia de una relación jurídica; por ejemplo: uno tenía una deuda de 100, pero el acreedor había pactado con él no pedirle

aquella suma o no pedirle toda, o no pedirla por un tiempo determinado.

2º Cuando se hubiese entregado un objeto con un pacto especial, o se hubiese permitido el ejercicio de cualquier derecho; por ejemplo: uno había pactado (no estipulado) una pena pecuniaria en caso de que no se cumpliera la obligación o de que no se hubiera entregado en el intervalo al acreedor la suma o el objeto (fianza), o alguien había pactado conceder al vecino el paso por el propio fundo, sin constituir debidamente la servidumbre, pero permitiéndole de hecho el ejercicio de paso.

En todos estos casos una de las partes conservaba intacta o la acción del propio crédito o la *rei vindicatio* para el objeto, o la *actio negatoria* pero la eficacia de estas acciones era eliminada por la *exceptio pacti conventi*."[97]

Entonces nos topamos con un sistema que va dando eficacia a los pactos en el sentido de otorgarles excepción que podía eliminar los efectos de una acción. A este respecto, "el pactum no podía hacerse valer sino por vía de exceptio, en el caso de que el que la utilizase se hallara en situación tal, que pudiese invocar el pactum al ser demandado. Sin embargo, había algunos pactos que producían acción según el mismo Derecho civil clásico; otros, que la producían según el Derecho pretorio, y una tercera clase que la produjeron sólo por virtud del Derecho civil de tiempos posteriores, o sea, por virtud del Derecho imperial (estos pactos con acción eran los que se denominaban *pacta vestita*)."[98]

De esta forma, la regla era que los pactos sólo tenían excepción, mas no acción, sin embargo, existían algunos pactos con derecho a

97 BONFANTE, 1951, pp. 511-516.

98 SOHM, 1898, pp. 446-447.

acción, a los que se les denominaba *pacta vestita.* Veamos que Ventura Silva, por su parte, nos trae un manojo de pactos en los que -de acuerdo al desarrollo de la sociedad adquieren mayor protagonismo: "No debe confundirse contrato y pacto, dado que este último, es como ya expresamos un acuerdo de voluntades, y en el primero también encontramos ese acuerdo, pero con la particularidad de que tenía un nombre concreto y provisto de una acción. En cambio, algunos pactos carecían de acción, y sólo daban lugar a excepciones, de ahí la distinción de *pactos vestidos y nudos*, según tuvieran o no eficacia jurídica. La eficacia aludida fue atribuida a los pactos, unas veces por la jurisprudencia, otras por el pretor y otras por los emperadores, llamándose les *pacta vestita.*

1º Pactos Sancionados por el Derecho Civil

Entre estos pactos podemos citar:

a) *Pacta adiecta*, o acuerdos complementarios unidos a un contrato, ya para modificar sus efectos o disminuir las obligaciones del deudor, bien para agravarlas. Estos pactos que se incorporan al contrato, debían celebrarse en el mismo momento que éste, *in continenti* y no después *ex intervallo.* Los pactos *in continenti*, pudieron exigirse aún por la propia acción del contrato, cuando éste era de buena fe, y quizás también en los de derecho estricto. Los pactos *ex intervallo*, sólo estaban abiertos a la *exceptio* cuando agravaban la obligación, y se hacían valer por el demandado.

2º *Pacta Praetoria*

El pretor siempre atento al desarrollo de la sociedad, concedía acciones o excepciones fundándose en algunos pactos, que de simples (nudos) pasaron a ser vestidos. Entre ellos estaban:

a) El *constitutum*: Se puede definir, como el acuerdo de las partes, por el cual, una de ellas prometía a la otra pagar en fecha determinada una deuda preexistente, ya fuere propia o ajena.

Se distinguieron dos especies: El constituto de deuda propia (*propii debiti*), cuyo objeto era el de adelantar o retrasar la época del pago o convertir una obligación natural en civil; y el constituto de deuda ajena (*alieni debiti*), concertado por el acreedor con un tercero, quien garantizaba la deuda ajena y resultando en el caso, un fiador.

La acción del pacto, era la *pecuniae constitutae*, que tuvo por efecto, castigar la deslealtad del obligado, quien debiendo cumplir en día fijo se abstenía una vez vencido el nuevo plazo, el pretor entonces, le daba al acreedor para que fuese indemnizado del perjuicio, una *actio in factum*, conocida como queda dicho.

b) *El receptum.* El pretor agrupó bajo esta figura tres tipos de convención, a saber: *receptum argentarii*, convenio en el cual, un banquero prometía pagar a un tercero, cierta cantidad de dinero por cuenta de su cliente. Justiniano lo unió con el constituto de deuda ajena. El banquero, en la relación jurídica preexistente, jugaba el papel de deudor en sustitución de uno de sus clientes; *receptum arbitrii*, convenio por el cual una persona aceptaba el cargo de árbitro para decidir un litigio, y el *receptum nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum*, es decir, armadores de buques, hoteleros o posaderos, y dueños de establos, que se hacían responsables de las cosas confiadas a su guarda, mediante convenios informales.

c) *El pacto de juramento*, es el convenio por el cual dos sujetos, entre los cuales existía una controversia judicial o extrajudicial, decidían resolverla mediante el juramento de uno de ellos.

3º Pactos Legítimos

Algunas Constituciones imperiales otorgaban una acción *ex lege* para exigir el cumplimiento de algunos pactos. Entre éstos se puede citar:

a) La promesa de dote (sancionada por Teodosio II en 428 D.C.) La simple promesa de constituir la dote no realizaba en la forma de la *dictio dotis* o de la *stipulatio* vincula a la parte que la hizo a constituirla de modo que si no cumplía podía ser demandada en un juicio.

b) *La promesa de donar* (desde Justiniano en 530). El Emperador Justiniano dispuso que la convención mediante la cual una persona se obliga hacia la otra a hacerle una donación, crea un vínculo obligatorio tutelado de acción directa para constreñir al promitente a efectuar la traditio de la cosa objeto de la donación.

c) *El pacto de compromiso* (sancionado por Justiniano); era el acuerdo de la partes, de aceptar la decisión emitida por un árbitro en un pleito. De este acuerdo nacía una *actio in factum*), si el laudo era suscrito por las partes o no se impugnaba en un plazo de diez días a partir de su pronunciamiento. También se concedía una *exceptio pacti ex compromisso.*"[99]

Como resultado de todo ello, el sistema de pactos y contratos se fue espiritualizando más. Si con los contratos consensuales vimos que el derecho dio recepción a pactos que respondían a la sola convención, y cuya obligatoriedad dimanaba de la propia fuerza volitiva, en que la ley sólo reconocía esta fuerza jurídica en el derecho civil, entendemos cómo la sociedad, el tráfico comercial y las demandas socioeconómicas exigieron que el proceso de espiritualización no se detuviera en estos cuatro tipos consensuales sino que poco a poco

99 VENTURA SILVA, 1995, pp. 379-381.

se fue dando acción a los pactos y no sólo excepción, de forma tal que ya no fueron sólo *pactos desnudos* sino *pactos vestidos* (*pacta vestita*) donde la vestimenta era la que daba el derecho a acción, y esa vestimenta era la fuente legal misma.[100]

8. SISTEMA DE *CONDICTIONES*

Como venimos estudiando, el rigor formal y abstracto del derecho romano se atemperó progresivamente por el nacimiento, en la época imperial, de medidas protectoras al deudor.

Veamos ahora, bajo este rubro, Algunas de las principales acciones y condiciones que puedan tener concomitancia con la noción de causa y que brinden algunos elementos de juicio esclarecedores de la temática en cuestión.

a) *Condictio Sine Causa*

Para Mario Oderigo[101] esta figura operaba en dos sentidos concurrentes: el primero ocurría cuando la obligación estaba cumplida, caso en el que el deudor, habiendo pagado creyéndose obligado, podía exigir la restitución al acreedor, para recuperar lo que hubiera pagado sin causa (*condictio indebiti*), o en el segundo caso, cuando aún no se cumpla la obligación, evento en el que el deudor

100 En este punto del debate es preciso anotar que nuestra concepción del derecho hace que veamos al universo jurídico como un mundo en el cual confluyen normas, conductas y valores, y por ende la obligatoriedad de los contratos estaría dada por la misma fuerza vinculante del convenio, independientemente del derecho como norma, sin embargo, la exigibilidad del valor justicia con su deber ser ideal valente y exigente entroncado con la ética que prodiga el valor personalida propio de cada persona -como lo analizaremos más adelante en el capítulo referido a la causa función dentro del acto o negocio jurídico- y junto a la misma fuerza sociológica, impetra a que esta conducta sea recepcionada por el derecho normativo y se constituya en positivo, dentro de una doble fisonomía: La norma reconoce la juridicidad del convenio y constituye en positiva tal convención.

101 ODERIGO, 1982. pp. 253-254.

podía exigir su liberación (*condictio liberatoria*), o la restitución del instrumento donde constaba la deuda.

Explicando lo dicho, estas protecciones derivarían del derecho pretorio y del Derecho Civil por lo que si un deudor resultaba obligado creyendo en la existencia de una causa fuente que en realidad no existía, el pretor le daba una idea de dolo para rehusar el cumplimiento de la obligación contraída, mientras que, por su lado, el Derecho Civil le otorgaba una acción personal, una *condictio* que operaba, ante situaciones en su franco desmedro en que la contrapartida no era habida, ya sea para demandar la restitución de lo pagado por error (*condictio indebiti*) -salvo que existiera inmoralidad de su parte, caso en el que el tenedor de la posesión la conservaría en virtud del *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* (no se puede alegar la propia torpeza)- o ya para demandar su liberación (*condictio liberationis*), caso en el que el deudor podía anticiparse a la pretensión del acreedor y demandar por adelantado su liberación.

En suma, esta *condictio*, constituiría un lejano antecedente de la restitución de lo indebido y repetición del enriquecimiento sin causa, sin ninguna ligazón a la causa fin, como muchos pretenden atisbar. No obstante ello, es necesario interpretar correctamente la orientación que tiene la causa en este tipo de *condictio* ya sea en la forma de *condictio indebiti* o *condictio liberatoria*, en el sentido de que ambas responden a una noción de causa entendida como causa fuente, hecho generador, *factum*, acto generatriz basamental y no en el sentido de causa fin o final como la moderna doctrina pretende otorgarle para enlucir su teoría. Asimismo, no es despreciable retomar la postura de Huc, vista con detenimiento *ut supra*, para quien el "*sine causa*" no quiere decir ausencia de causa sino orfandad de cosa, ya que la causa era asumida como cosa, prestación o *res*. Con una u otra interpretación, no puede pensarse que el moderno

discurso causalista o neocausalista pueda hundir sus raíces en este tipo de significación causal.

b) Condictiones en Contratos Innominados y Demás

A modo de ilustración, en los contratos innominados existían también las *condictiones sine causa* que permitieron que el que había realizado la prestación pidiera la restitución de ésta mediante la *condictio ob causam datorum* o *condictio causa data, causa non secuta*, que ocurría cuando la consecuencia o resultado que el contrato contemplaba no se consiguió, y también existía la acción civil llamada *actio praescriptis verbis*, por la cual se podía exigir la contraprestación no realizada.[102]

Por ende, la noción de causa dentro de la *condictio sine causa* y la *condictio causa data causa non secuta*, difiere del concepto de causa como uno de los requisitos necesarios para la validez de los contratos. La *exceptio* entra a tallar cuando, por ejemplo, el promitente no recibe la prestación prometida por parte del estipulante, supuesta por un contrato reconocido legalmente, entonces hubiera sido inicuo no poder desligarlo de su compromiso, sostienen Ripert y Boulanger.[103]

Como vemos, existen bastantes nociones de causa dentro de todas estas *condictiones*, ya que se le puede ver ora como el objeto o la *res*, ora como la causa fuente o genética o hasta como el sentido de equidad y justicia insaculado en estos instrumentos insuflado por la realidad socio-comercial romana.

c) *Condictio Ob Turpem Vel Iniustam Causam*

Esta *condictio* era una acción que el deudor ejercitaba para que el magistrado romano reconozca la nulidad de la obligación. Funcionaba como fundamento de la acción encaminada a obtener la

102 ALESSANDRI RODRIGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, 1951, p. 385.

103 RIPERT Y BOULANGER, sf, T. IV, p. 182.

restitución de lo pagado en virtud de un fin ilícito o inmoral, cuando del mismo no tuvo conocimiento el que pide la restitución. La alusión a la causa torpe alude a una valoración de los móviles o motivos inductores a contratar que suponen, naturalmente, una trabazón con el consentimiento de las partes,[104] como por ejemplo la promesa de pagar una suma de dinero con el propósito de que la otra parte se abstenga de delinquir. En cambio, si la ilicitud recaía sobre ambas partes, entonces no se podía solicitar tal resolución, como en el caso de dar dinero a una persona para asesinar a otra.[105]

La causa no actúa como condición de validez del contrato, aunque el deudor obligado en virtud de una causa ilícita o inmoral (*turpis causa*) dispusiera de una *condictio* que no era sino una acción fundada en el concepto de enriquecimiento injusto, con el fin de obtener la restitución de la prestación realizada.[106] Esta condena del contrato responde a un principio de policía jurídica, donde se ventila la eficacia de la *stipulatio.*

En este extremo estamos ante la presencia de una causa entendida como motivo o causa final de la voluntad; se intenta dilucidar si un comportamiento yace sobre una causa psicológica justa o simplemente sobre una abstracción insatisfactoria e injusta. Esta no constituye sino una prueba de que en el Derecho Romano existía más de una significación de la causa, por lo que difícilmente se podría alegar que se concibió una teoría unitaria de ella. De otro lado, esta causa final de la voluntad es parte de la misma, el motivo es un elemento integrante del consentimiento y no una categoría separable o independizable, por ende, mal podría hacerse si destacamos a la causa final motivacional como una estructura única y orgánica.

104 PUIG BRUTAU, sf, T. II. p. 123.

105 ODERIGO, 1982, p. 254.

106 CARBONNIER, sf, T. II, p. 247.

Posteriormente, en las Constituciones dictadas en tiempo de Antonio Caracalla, época clásica y del Bajo Imperio[107], se introduce la *querella non numeratae pecuniae*, (excepción por dinero no pagado), que constituye una inversión de la carga de la prueba (*onus probandi*), por la que le correspondía al acreedor demostrar la entrega del dinero cuya devolución reclamaba. El acreedor que invocaba un derecho debía probar, con sólo que el deudor lo niegue, que su derecho tenía una causa fuente, como la que haya prestado efectivamente el dinero. Sólo era necesario que el deudor negase la existencia del préstamo, oponiendo a la demanda del acreedor esta *exceptio* para obligar al acreedor a demostrar la entrega del dinero. Se sustenta esta *querella* en la equidad y no en un análisis de la voluntad, en un principio elemental de justicia conmutativa.

Sin embargo, al ser muy duro el sistema en contra del acreedor, en tiempos de Justiniano, se distinguió cuando el documento firmado por el deudor reconocía expresamente la recepción del dinero, caso en el que el acreedor no tenía que probar nada (*cautio discreta*); pero si el deudor, en el documento firmado, había declarado que era deudor, sin indicar la causa de su obligación, entonces el acreedor debía probar la entrega del dinero. En este último caso, estábamos frente a la *cautio indiscreta* (porque no se hablaba con discreción), en la que permanecía el reconocimiento abstracto de la deuda (*indiscrete loqueitur*), que podría resultar injustificada o indebida si el acreedor no demostraba la causa antecedente del acto formal.[108]

d) *Querella Non Numeratae Pecuniae (Exceptio Non Numeratae Pecuniae)*

Como revisamos en los parágrafos anteriores, sucedía que aunque un contrato fuera válido, el acreedor incurría en dolo al

107 Cfr. OURLIAC, 1960, p. 289.

108 MARÍN PÉREZ, 1983, p. 125.

reclamar judicialmente la prestación a que el deudor se había obligado sin causa fuente: era la *excepción de dolo* (*exceptio doli*) que funcionaba básicamente cuando el dinero no fue realmente prestado al deudor. Esta excepción de dolo era un medio de defensa que el deudor estaba facultado a ejercitar, ante el requerimiento del pretendido acreedor en su acción de reembolso. De modo que en la *exceptio doli*, le incumbía al deudor, ante la demanda del acreedor sustentada en la *stipulatio*: demostrar que no había recibido el dinero en tratamiento, lo que era poco menos que imposible por exigirse una prueba negativa de que no había recibido nada.

Se trataba en todo caso, de la prueba del hecho causal generador de la obligación, del hecho productor a modo de causa fuente de obligaciones. Estamos, por ende, frente a un concepto de causa genética de la causa y no de causa fin. Dicha causa eficiente, constituye el antecedente y el basamento suficiente para dar andamiento a esta medida de protección: si se hubiera manifestado la causa fuente, al accionar la *querella* el acreedor no debía probar nada; pero si no se dijo nada sobre la causa fuente, entonces el acreedor tenía la carga de la prueba del hecho engendrador. Este fue el desarrollo que se alcanzó en Roma, pero posteriormente veremos cuál fue el ulterior desenvolvimiento de esta figura en la época medieval, hasta su desaparición del escenario jurídico.

Asimismo, debemos anotar que la *querella non numeratae pecuniae* responde no a un principio de interdependencia de obligaciones en función del cual se estructure su fisonomía y arquitecture su constitución, sino que es una herramienta que se crea como consecuencia de la injusticia en el cobro de los préstamos de dinero y de los excesos de los contratos formales abstractos y no causales, una forma de morigerar las arbitrariedades del *accipiens* en atención al valor justicia y la equidad. Acá nada tuvo que ver la presencia de una teoría de la causa o una concepción presuntamente

solapada de la causa, simplemente fueron otros mecanismos que plantearon su solución ante los problemas prácticos de la época. Serán posteriormente los ojos modernos de ciertos autores que pretenden acomodar estas instituciones para prestigiar sus inventos y apoyar sus elucubraciones.

e) *Exceptio Non Adimpleti Contractus*

En la época clásica se impuso la *excpetio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido), para que más tarde la *lex comissoria* estableciera, por pacto, la posibilidad no sólo de denegar la prestación debida, sino también la de poner fin a la obligación contractual (acción resolutoria). Esta *exceptio* consistía en el derecho de una parte a no cumplir con su prestación hasta que la otra cumpliera con la suya, estableciéndose expresamente para la venta, el arrendamiento y sociedad.

Es curioso advertir que esta acción gozaba de una eficacia relativa, ya que no se aplicaba si las partes, expresa o tácitamente, renunciaban a ella. Es decir, que no actuaba como un elemento en total defensa del deudor, por cuanto éste, constreñido por la necesidad, podía someterse a los mandatos del *accipiens* en el sentido de renunciar a dicha excepción.

Bajo esta fisonomía causal descansa un concepto etiológico de causa, por el cual la causa eficiente gobernaba la consideración de la prestación primigenia y el rechazo de cumplimiento posterior. Pero esta noción de causa etiológica, asimismo es consecuencia importante de la influencia de la valoración de la justicia en los tramados contractuales. Analicémoslo con más calma.

Anteriormente vimos que las exigencias socio-económicas determinaron que el sistema romano, que privilegiaba el valor seguridad en atención al formalismo y rigorismo existentes, dio mayor espacio a los contratos consensuales que se practicaban por

el solo consentimiento y en función a la buena fe, en unión al valor celeridad y rapidez, lo que conllevaba que al abandonar el formalismo contrario a esa rapidez, también se estaba abandonando la garantía.

Al nacer los contratos consensuales por la simple voluntad creadora del lazo obligatorio, el acreedor tiene como garantía el patrimonio entero del deudor (prenda genérica). Y en los contratos sinalagmáticos[109] ambas partes ponen su patrimonio como garantía, autorizando el desplazamiento de uno de sus bienes. Si luego del nacimiento del contrato, una parte duda del cumplimiento de la otra o de su solvencia haciendo peligrar los resultados de la ejecución. De esta manera no sería justo obligarlo a cumplir bajo estas circunstancias, no en virtud de la aplicación de la teoría de la causa fin, sino de la *exceptio non adimpleti contractus* (derecho de una parte a no cumplir con su prestación hasta que la otra no cumpla la suya), tal cual lo entendió Roma.

Sin embargo Parodi[110] refiere algunas anomalías de la *exptio non adimpleti contractus* que, comparándola con la moderna teoría jurídica, hacen que su élan no sea del todo invulnerable.

1º Se critica la forma en que Capitant fundamenta el derecho de retención y la *exceptio*, ya que ambos se presentan al interior de los contratos sinalagmáticos. La *exceptio* la fundamentaría en la causa, mientras que el derecho de retención sobre una razón de igualdad entre reivindicante y detentador, a modo de garantía contra la insolvencia eventual de su deudor. Sin embargo, ambos instrumentos tendrían fundamento similar puesto que la *exceptio* también está imbuída de los valores *justicia* y *seguridad* (reemplazo de garantía).

109 MARTY, 1952, p. 891.

110 MARTY, 1952, pp. 891-892.

2º La *exceptio*, como lo dijimos en parágrafos antedichos, no juega si expresa o tácitamente las partes renuncian a ella, al amparo del valor *justicia*.

3º En el Derecho Romano, cuando el arrendatario perdía la cosecha, no pagaba el precio del arriendo, a lo cual Capitant atribuiría falta de causa. Mientras que en el derecho moderno, al comprobarse que la exención de arriendo aparejaba la inercia y descuido del arrendatario, se estableció que la pérdida de la cosecha no exime del pago del precio. Aquí jugaba no la noción de causa sino un cambio de valoraciones de una situación determinada en función a los determinantes económico-socioculturales.

4º Para Capitant, la teoría de la causa fundamentaría la excepción autorizando al patrón a suspender el pago de los salarios del obrero enfermo, por cuanto no presta el respectivo servicio durante el plazo de la enfermedad, si el patrón no quiere o no puede pedir la rescición. No obstante ello, para la legislación moderna, la obligación del pago de sueldos mientras dure la enfermedad en las condiciones y plazos fijados por las leyes modernas, indican que no es la causa la que explica el cambio de criterio sino el valor *solidaridad* inyectado por el legislador a las viejas normatividades.

De esta forma vemos cómo la *exceptio* y su fundamento, no responden a una noción de causa fin, ni a ninguna teoría de la causa como pretenden los causalistas o neocausalistas, simplemente fue aplicación de las valoraciones que fueron aplicándose en la medida en que el entorno societal demandaba una actuación rápida, eficaz y justa del derecho. De la misma forma, no puede pensarse que el principio de la interdependencia de las obligaciones fue el inspirador de la *excpetio*, a modo de procurador de una consecuente aplicación principista, sino que a través de este mecanismo de protección las obligaciones se hacían correlativas.

El predomino de las valoraciones como la equidad, justicia, seguridad, solidaridad, equilibraron las consecuencias nefastas de ciertas instituciones, sin necesidad de recurrir a ninguna causa. Y es que "del Derecho Romano es imposible sacar nada que pueda servir para verificar la existencia de una teoría de la causa."[111]

f) El Pacto Comisorio

En un principio el Derecho romano no otorgaba al contratante más que el derecho a exigir la prestación a través de una acción, pero el camino de la resolución se abriría poco a poco.

Cuando la venta, por ejemplo, que era un contrato consensual basado en la buena fe, era al contado -al haber poca confianza en el comprador- la ley le otorgaba el derecho de no entregar (*exceptio non adimpleti contratus*)[112], y si había entregado el objeto, podía reivindicarlo.

Pero si existía mayor confianza y se concedía plazo al comprador, el vendedor solamente tenía derecho a exigir el cumplimiento. Para solucionar este problema, el vendedor estipulaba que conservaría la propiedad de la cosa hasta el pago del precio, pero aún así quedaba amarrado al contrato y sólo podía pedir su cumplimiento. Es por ello que se introdujo la costumbre de introducir en el contrato una cláusula por medio de la cual el vendedor podía *resolver* la venta en caso de que el comprador no pagara en el plazo convenido.

Sin embargo, en los contratos formales no funcionaba la condición resolutoria por cuanto, según el principio de simetría, sólo un acto formal podía dejar sin efecto otro acto de la misma naturaleza.

111 PARODI, 1988, p. 892.

112 PARODI, 1988, pp. 891 y ss.

Tanto el *pacto comisorio* (*les commissoria*) de la venta como la *condición resolutoria* tenían de común el origen contractual y el efecto retroactivo. Pero este efecto retroactivo, como refiere Parodi[113], no se hallaba en los contratos de locación y de sociedad, para los que se admitió también la rescición. Ahora bien, en los contratos innominados, la *conditio ob ram dati* permitía la restitución del objeto de la prestación en caso de que no cumpliera la otra parte.

De esta forma, el *pacto comisario* no nace como fruto de ninguna aplicación de alguna teoría de la causa, sino de la preeminencia del valor justicia en este tipo de situaciones, que la norma jurídica tan bien asumiría.

g) Corolario

Como corolario podemos manifestar que debajo de todas estas herramientas, fieles expresiones de la valoraciones y no de ninguna teoría de la causa fin, subyace -sin perjuicio del aserto que predica el influjo de los valores en atención al entorno social- una variopinta concepción de la palabra causa, con significaciones diferentes y extrañas, de suyo, del concepto de causa fin que la moderna doctrina pretende incardinar a las creaciones del Derecho Romano: unas veces se la entenderá como causa fuente, otras cómo el *factum*, la *res* o también como el motivo psicológico o causa final de la voluntad. Para dilucidar con más profundidad este extremo, revisemos las distintas significaciones del significado de la palabra causa en el Derecho Romano, materia del próximo tópico.

113 PARODI, 1988, pp. 891 y ss.

9. DE LOS DIVERSOS SIGNIFICADOS DE LA CAUSA EN EL DERECHO ROMANO

Cuando iniciábamos este capítulo hicimos notar que íbamos a analizar una de las tantas significaciones que la causa tenía en el sistema del Derecho Romano, básicamente la referente a la causa fuente o etiológica de las obligaciones. En el apartado anterior hemos revisado pálidamente cómo es vista la causa desde diversos puntos de análisis y ubicada en distintas categorías, ahora vamos a analizar con más detenimiento cuáles son los distintos significados del mismo significante *causa* en Roma, dentro de *la Babel terminológica de los textos romanos.*[114]

De esta forma, la palabra causa fue empleada por los romanos en varios sentidos[115]. El tratamiento que suele otorgarse a la causa no es, como ya lo manifestamos, de ninguna manera uniforme u orgánico, sino es multívoco y plural, de donde se nos hace imprescindible atisbar sus principales vertientes.

Diez-Picazo[116] piensa que los posibles significados atribuibles a la causa puedan ser los siguientes:

a) La Causa como Supuesto de Hecho: "*Facti Species*"

La causa engendra una consecuencia o una situación jurídica, efecto que el ordenamiento jurídico liga a la producción del supuesto de hecho. Tenemos el caso del contrato como causa de la obligación, como hecho productor, constitutivo, fontanal o evento causativo de la obligación.

Probar la causa es probar la relación misma de donde derivan las consecuencias que se quieren hacer valer. En el mismo sentido, esta

114 GORLA, 1959,, pp. 317 y 339.

115 DI PIETRO y LAPIEZA ELLI, 1983, p. 145.

116 DIEZ-PICAZO, 1983, pp. 159 y ss.

concepción objetiva reputa a la causa no sólo como el antecedente de las consecuencias jurídicas sino como el ente referencial ante cuya prueba se refleja la de la relación jurídica. Por ejemplo, probar la causa de un contrato verbal significa probar el hecho de que han sido emitidas las declaraciones de voluntad en la forma fijada: es probar el contrato mismo.

Como podemos apreciar este supuesto de hecho no constituye sino la causa fuente, la causa generatriz, como el caso de la obligación que se enanca en el contrato: no hay mayor novedad o punto de referencia especial.

b) En Servidumbres se Habla de *Causa Perpetua Servitutis*

La causa de la servidumbre viene a ser una finalidad práctica que la servidumbre viene a satisfacer, la función económica que ha de desempeñar y a la que sirve. El fin empírico o práctico no puede ser temporalmente limitado, sino que es duradero e intransitorio.

En esta segunda perspectiva, la causa obedece a un criterio objetivo de utilidad definido anticipadamente por la ley: la función de un negocio jurídico es situación harto diferente de la causa entendida como un elemento constitutivo del mismo; tampoco esta postura nos brinda mayores elementos de juicio para una aproximación hermenéutica de la causa fin.

c) La Causa Como Motivo Subjetivo

Se centra la atención entre los motivos que impulsaron a las partes a verificar un acto o un negocio jurídico, pero que no siempre deben tener trascendencia para el derecho (cuando la tienen, este influjo no es uniforme).

La causa se comporta como motivo jurídico del contrato, como móvil de la voluntad[117], pero no se hace de ella un elemento distinto del consentimiento, por lo que cuando se habla de "*condictio sine causa*", o de "*ob turpem vel iniustam causam*" o "*condictio causa data causa non secuta*", se estuvo muy lejos de crear un nuevo requisito de los actos jurídicos. Para Puig Brutau[118] la situación es clara: "la referencia a una causa torpe supone una valoración de los móviles o motivos que han inducido a contratar. En este caso no se trata, pues, de un elemento del contrato que sea necesario para su normal perfección", confirmando la idea de que esta noción de causa estuvo muy lejos de convertirse en la de un elemento integrante de la estructura negocial o contractual.

Vale decir que no se quiso separar la causa de la voluntad: no se puede separar racionalmente la voluntad de sus propios móviles, ya que no se concibe acto volitivo que no posea su motivo propio. Además, "las teorías sobre el consentimiento y el objeto, comprenden lógicamente todo lo que puede decirse sobre la causa obligando."[119]

Nos encontramos frente a lo que posteriormente se iría a denominar la causa ocasional, motiva o incidental, diferente de individuo a individuo y de negocio a negocio, pero irremediablemente anexa al consentimiento o voluntad.

d) Causa como Antecedente del Negocio Jurídico

Comprendida como aquella situación que ha sido tomada en cuenta por las partes al celebrar el *negocio* y también la finalidad perseguida o que se ha tratado de obtener.

117 Cfr. También MORINEAU IDUARTE e IGLESIAS GONZÁLES, 1993, p. 174.

118 PUIG BRUTAU, sf, p. 124.

119 GIORGI, 1929, pp. 469-470.

Es lo que Paulo, al diferenciar las distintas posibilidades del "*dare*" mencionaba la figura de un "*dare ob causam*", o sea, la entrega o *datio* que se hacía con el fin de obtener una contraprestación, o teniendo a la vista o contemplando un evento futuro.

La visualización de un evento futuro, contraprestación o situación considerada por ambas partes, como lo veremos posteriormente, constituyen elementos que pueden ingresar al negocio jurídico a voluntad de las partes, formando parte esencial de su contenido intrínseco, sin necesidad de referirnos a la figura de la causa, la que resulta subsidiaria de otras instituciones.

e) La Causa en la *Traditio*

Dentro de las fuentes, la palabra causa, en materia de "*traditio*", se entiende como el hecho antecedente que justifica el traslado o transmisiones el dominio y que determina la eficacia o la ineficacia de esta transmisiones: la causa de la *traditio* es un cierto negocio antecedente que determina y justifica esta especial forma de "*datio*" en que la *traditio* consiste.

No podemos sino atisbar nuevamente la presencia de la causa fuente proyectada ya sobre un efecto traslaticio cual es el desplazamiento patrimonial que responde a un elemento causídico determinante y conglobante.

f) La Causa en las *Condictiones*

La causa es utilizada amplia y reiteradamente dentro de la teoría de las "*condictiones*", como más adelante lo examinaremos.

g) Causa como Fin Práctico.

Otra significación de la causa que le atribuyen otros autores es la de finalidad práctica[120], mediante el cual el fin práctico perseguido

120 SANTA CRUZ TEIJEIRO, 1946. pp. 95-96.

por la voluntad privada aprobado y protegido por el Derecho recibe el nombre de *iusta causa* (causa legítima o conforme al *ius*). Estas finalidades prácticas son entendidas en un aspecto objetivo[121], constituyendo relaciones con otras personas o determinadas situaciones frente a la colectividad que los particulares crean para satisfacer intereses egoístas o altruistas, tales fines prácticos más comunes perseguidos por la voluntad privada, a saber son: cambio de una cosa por dinero (venta), el procurar a otro un beneficio patrimonial sin obtener, en cambio, compensación (donación), el cambio del goce de una cosa o el cambio de un servicio por una merced (arrendamiento), la reunión de capitales o de actividades (sociedad), el tomar o dar a crédito dinero o bienes fungibles (mutuo), el atribuir bienes a una mujer para que con ellos contribuya a sostener las cargas matrimoniales (dote). De ahí que la finalidad práctica o causa del negocio jurídico es un motivo determinante de la voluntad negocial, pero es el motivo que se exterioriza en el contenido típico del negocio jurídico.

En similar sentido, como lo vimos anteriormente, existen algunas posturas como la de Mario Oderigo[122] que ve la noción de causa clásica de los contratos sinalagmáticos domatianos en los contratos antiguos romanos cuando dice: "la obligación de una de las partes es la causa de la obligación de la otra." En el mismo sentido Aníbal TORRES VÁSQUEZ[123] cuando dice: "el concepto de causa final se admitió definitivamente, aunque sin llegar a elaborar una *teoría* general de la causa... la razón justificativa de la celebración del contrato suele encontrarse en la contraprestación realizada o a realizarse o en la intención liberal." Pero en sentido contrario tenemos

121 ARGÜELLO, 1984. p. 167.

122 Cfr. ODERIGO, 1982, p. 253.

123 Cfr. TORRES VÁSQUEZ, 1992, p. 26.

a RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean[124] que manifiestan *ad pedem* "No se ha dicho en ningún texto que la obligación del vendedor tenga por causa la prestación del precio por el comprador."

En todo caso, se trata de la simple nominación que hace la ley de negocios aceptados y prácticados por la sociedad: es la tipificación legal que representa la *voluntas legis.* No es de ninguna manera una noción de motivo directo e inmediato como lo quiere hacer ver Santa Cruz Teijeiro, puesto que este concepto es una elaboración abstracta muy posterior a los textos romanos. No podemos ver sólo lo que nuestros modemos ojos quieren que veamos para validar determinadas posturas doctrinales.

La causa en Roma no es una estructura teórica coetánea a la que se plantearía posteriormente por la doctrina clásica y contemporánea. Lo que ocurre es que los juristas siempre pretenden a toda costa, para avalar sus hallazgos y dar validez y seriedad a sus formulaciones, encontrar algún basamento teórico en el sistema romano. Hemos apreciado su secuencia y sus falencias, somos testigos de la marcada presencia del elemento legal en la formulación contractual, de modo que esta pretendida causa fin según el planteamiento moderno se encuentra muy lejos de ser un antecedente remoto de futuras posturas doctrinales, antes al contrario, constituye una meridiana ratificación de un espiritu iluminado por una plurivocidad conceptual en torno a la causa.

A modo de conclusión, Diez-Picazo por su parte, explica que el Derecho Romano no llegó nunca más allá de estas concepciones. La idea de causa no parece haber tenido nunca, ni parece haberse utilizado en un sentido técnico definido. "Por el contrario, la impresión que se extrae contemplando los textos con imparcialidad

124 Cfr. RIPERT y BOULANGER, sf, p.182.

y sin prejuicios doctrinales, es precisamente la contraria, esto es, la de una absoluta falta de fijeza, la de una total carencia de significado técnico de una radical equivocidad o plurivocidad del término... El sentido unitario no puede encontrarse en las fuentes romanas, sino en la elaboración llevada a cabo por la doctrina posterior."[125]

10. CONCLUSIONES

En una materia tan pedregosa y sinuosa como es el antecedente de la causa en Roma, podemos entresacar las siguientes conclusiones preliminares:

1. En cuanto al tema de la *causa civilis* unos autores piensan que se trata de la formalidad y otros no. Sin embargo, nos atenemos a las acreditadas opiniones de Petit y Giorgi en el sentido de no confundir *causa civilis* con la formalidad, y que ésta es la que genera la obligatoriedad del contrato, la misma que no es aplicable a los contratos consensuales donde el *solo consensu* es jurígeno sin necesidad de formalidad, cuando sí de tipicidad. Opinar lo contrario sería incurrir *en tesis absolutas* y *extrañas* a *los textos*, en palabras del propio Petit.
2. Asimismo, hemos estudiado que uno de los significados que se le pueden endilgar a la palabra causa en el Derecho Romano es el de causa fuente de las obligaciones, encontrándose entre ellas el delito y el contrato (incluyendo el cuasi delito y el cuasi contrato) a modo de hecho generador de efectos obligacionales, las mismas que están tipificadas por la ley, constituyendo su propia voluntad (*voluntas legis*), de modo que sí es dable asimilar la formalidad a la voluntad legal.

125 DÍEZ -PICAZO, 1983, pp. 160-161 (el resaltado es nuestro).

3. Existen cuatro formas de contratos, a saber: contratos verbales, literales, reales (que incluyen el mutuo, comodato, prenda y el depósito) y los contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad). Estos tipos negociales son en sí presupuestos generadores de relaciones obligatorias, cuya validez depende del cumplimiento de ciertas formalidades como son la *verba*, *littera* o *la res*, mas en los contratos consensuales su obligatoriedad dimana del *solo consensu.*
4. En los contratos reales innominados juega un papel importante la causa fuente, elemento formativo del contrato, hecho engendrador de efectos jurídicos, causa fuente de relaciones obligacionales, recayendo dicha causa en la *res* o la cosa.
5. La diferencia entre contrato y pacto no radica en una categoría abstracta que la ley hubiera tomado en cuenta como un elemento independiente adosado a la voluntad enancado en las formalidades *res*, *verba*, *littera*, etc. o en la tipicidad de los contratos consensuales o en la ejecución de la prestación en los contratos innominados, de donde procedería acción, diferente a los pactos con sólo derecho a excepción y con obligatoriedad natural mas no civil. La diferencia la marca la propia ley, la voluntad de la ley *voluntas legis*, por lo que cuando la norma alude a la *causa*, se está refiriendo a esta voluntad y no a *un* ingrediente extraño o condición esencial.
6. En el manojo de actiones, condictiones, y exceptiones, ninguna de las nociones de la causa refleja una concepción firme que globalice y sintetice la perspectiva de la causa fin, antes al contrario, la causa genética en los marcos de la ley objetiva significa el principal planteamiento de susodichos

institutos, junto a otras nociones de causa: unas veces es entendida como causa fuente, otras como el *factum*, la *res* o también como el motivo psicológico o causa final de la voluntad.

7. En las excepciones como la *querella non numeratae pecuniae* o la *exceptio non adimpleti contractus*, yace un fundamento concomitante no con el prodigado por una teoría de la causa fin, como lo quiere ver Capitant, sino visto desde la perspectiva de la poderosa influencia que jugó la rica valoración romana -junto a la estructura socio-económica- en las figuras de la justicia, equidad, seguridad y solidaridad, sin atender al concepto de causa fin. En todo caso, sin perjuicio de esta afirmación, podríamos encontrar nociones de causa extraídos de la causa fuente o etiológica o hasta del hecho engendrador de obligaciones al modo de la causa fuente de estas relaciones.
8. Roma no aporta al mundo una teoría orgánica de la causa, en parte por su espíritu eminentemente práctico así como por su formalismo, ritualismo y formulismo imperantes. Lo que el Derecho Romano lega a la humanidad es un manojo de diferentes concepciones en torno a la causa: se la podrá entender como voluntad de la ley, fuente de las obligaciones, supuesto de hecho, finalidad práctica o función asignada, causa impulsiva, antecedente del negocio, causa fuente, etc., y en las excepciones el pretendido concepto de causa fin no tendrá ningún papel, cuanto sí el de la valoración romana en armonía con la estructura económico-sociocultural.

Capítulo III
LA CAUSA EN LA EDAD MEDIA

1.- Alcance. 2. Evolución Del Sistema De Contratación. 3. El Derecho Canónico. 4. La *Exceptio Non Adimpleti Contractus*. 5. El *Adagio Fides Non Servanda Est Ei Quei Frangit Fidem*. 6. La *Querella Non Numeratae Pecuniae*. 7. Diversos sentidos de la Palabra Causa. 7.1. La Causa Como Causa Fin. 7.2. La Causa como Causa Final. 8. Aportes. 9. Conclusiones.

1. ALCANCE

Una de las más enjundiosas conclusiones de la herencia del Derecho Romano con respecto a la causa es que en aquel período no se concibió una teoría orgánica de la causa, antes, al contrario, Roma no aporta al mundo una concepción unitaria de la misma sino múltiples significaciones, en torno a una variopinta multivocidad y equivocidad. De su parte, la causa final -entendida como el motivo que impulsa a la voluntad- tampoco tuvo una madurez explícita, es más, su desarrollo embrionario refleja que los juristas no penetraron en los aspectos íntimos de la voluntad, y la concebirían para atacar ciertas anomalías (*véase* la *condictio ob turpem vel iniustam causam*) pero sin escapar de los trebejos volitivos.

En este sentido algunos comentaristas piensan que la teoría de la causa fin y su desarrollo doctrinal se producen no en Roma sino más tarde con los glosadores, post-glosadores y canonistas[126]. Por

126 BUERES, 1995, p. 301.

su parte, Salas sostiene: "Puede afirmarse, pues, que la teoría de la causa tiene su origen en el derecho canónico"[127], así también Ripert y Boulanger piensan:[128] "La teoría de la causa no se ha esbozado hasta el día en que, repudiando el formalismo del derecho romano, los canonistas hicieron de la obligación nacida del simple acuerdo de las voluntades un deber de conciencia."

Sin embargo, la teoría de la causa, como lo veremos en este trabajo, no es fruto de la elaboración medieval, sino que es creación del causalismo clásico con Domat y Pothier a la cabeza. En esta perspectiva, en la Edad Media (siglos V-XV D.C.) sólo podemos atisbar la gran importancia que cobra el juego de valoraciones sociales en torno a la justicia, el orden público y su custodia, a través de mecanismos que nacieron como fruto de las necesidades socio-comerciales, para combatir excesos emanados de la práctica de las figuras jurídicas, pero muy lejos de toda construcción teorética.

2. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN

Una preocupación recurrente de glosadores y canonistas es el problema de la validez de la promesa sin expresión expresa de causa,[129] que llegó a provocar no pocas anomalías. Lo que ocurre es que la *stipulatio* romana ya no cumplía ningún papel dentro de una nueva época que le resultaba extraña, que no le correspondía y a la cual fue transplantada, perdiendo por ende su carácter esencial de acto abstracto.

El *consensus* va cobrando mayor trascendencia, como fruto de las exigencias sociales que impetran con el valor celeridad al sistema contractual demasiado formalista y riguroso. Así es que la voluntad,

127 Cfr. SALAS, 1982, p. 54.

128 RIPERT Y BOULANGER, sf, p. 184.

129 MARIN PÉREZ, 1983, p. 183.

que sólo generaba efectos jurídicos para los contratos consensuales, va siendo vista con respeto en la Edad Media, donde se llegó a equiparar pacto o convención con el contrato. Obviamente que el nuevo clima espiritual jugó un rol importante la religión cristiana que ayudó a flexibilizar y espiritualizar los acuerdos, y dirigir la atención al protagonismo ejercido por la voluntad.

Por su parte la glosa, después de una larga controversia admitió que, así como debía existir una relación de causa-efecto entre la demanda y su fundamento, el promitente podía oponer la excepción de dolo a toda estipulación sin causa. La *stipulatio* como un negocio abstracto, generaba efectos sin atender a su causa-fuente, lo que generaba muchas teratologías que -según veremos más adelante con las excepciones- el derecho canónico se encargaría de solucionar.

De esta manera los glosadores establecieron que toda obligación contractual constituía un pacto que, cuando estaba acompañado de formas solemnes (estipulación) se trataba de un pacto vestido; cuando no, de un pacto desnudo. El primero otorgaba acción; el segundo, solamente una excepción.[130]

Más tarde se apreciaría una evidente preferencia por el pacto nudo independientemente de su solemnidad. Para los canonistas, desde su perspectiva, la simple promesa generaría un contrato perfecto (derecho natural), es decir, la creación de un vínculo por el simple consentimiento, aunque fuera verbal, dominaría el campo jurídico y pasaría con posterioridad al Código Francés.

3. EL DERECHO CANÓNICO

En el Derecho Canónico se produce una subversión de valores con respecto al Derecho Romano. En el capítulo anterior vimos la

130 MARTY, 1952, p. 892.

lenta pero fructífera evolución que experimentó la convención, desde los estadios más primitivos y ritualísticos de la *stipulatio* hasta la tímida apertura del derecho a los contratos consensuales amparados legalmente, antesala de la victoria de la autonomía de la voluntad; pero pese a ello, Roma no llega a sacudirse completamente del formalismo y del ritual.

En esta nueva etapa histórica, el tráfico comercial impide la presencia de un derecho lento atribulado de garantías, atendiéndose por ende a las exigencias de la realidad socioeconómica que privilegia la celeridad como valor apetecible. Es por esta razón que el *nudo pacto*, la simple manifestación de voluntad, vale decir la promesa, aunque no esté revestida de formalidad, cobra un espacio muy importante en el sistema de contratación: lo prometido debía cumplirse por más que no se observen en su formación las formalidades exigidas por la ley, pese a que según el derecho romano no hubiera habido acción para exigirlo: la voluntad pesa más que la forma[131]. Así los canonistas elevan el simple consentimiento a la categoría de generador absoluto de todas las convenciones, bastando la simple promesa para que cualquier clase de contrato quedara perfecto. De acuerdo con los principios del Derecho natural.[132]

Se hace de la obligación nacida del simple acuerdo de voluntades un deber de conciencia: el deudor era culpable de una falta si no cumplía con su compromiso. La fundabilidad del compromiso se hacía entonces recurriendo al análisis de la voluntad.

La Iglesia predicaba que era un pecado mortal el renegar sin justificación de la palabra empeñada. El respeto a la palabra dada era una exigencia del deber cristiano, era la razón de ser de la promesa.[133]

131 ALESSANDRI RODRIGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, 1961, p. 387.

132 MARTY, 1952, p. 892.

133 LEÓN BARANDIARÁN, 1991, p. 60.

De esta forma la Patrística proclama la obligación de conciencia de observar cualquier acuerdo: Antes que los civilistas, los canonistas proclaman la regla *ex nudo pacto ius* (el nudo pacto obliga), de tanta trascendencia para el derecho moderno.

Esta tradición canónica informa a los civilistas quienes, en el siglo XIII con Beaumonoir, observan y recomiendan al juzgador que no admita sin prueba un compromiso sin causa -entendiendo causa como la fuente genética-: "La carta que dice que yo debo determinada cantidad y no hace mención de por qué debo, es sospechosa de malicia, y si tal carta *vient en cort*, debe saber el juez de dónde procede tal deuda, antes de exigir que se pague"[134], existiendo unanimidad entre los autores antiguos en admitir que estas promesas carecen de fuerza obligatoria si no existe causa eficiente.

De modo que un contrato puro y simple sólo es fuente de acciones cuando el demandante prueba la *causa debendi* o hecho generador o causa fuente, mediante un documento en que dicha causa se indique, *cautio discreta* o de otra manera. La presente causa tiene un sabor etiológico, la causa es la causa fuente de las obligaciones sin cuya prueba o mención fracasa cualquier demanda del *accipiens*.

En el S. XIII (1230), Gregorio IX en la Decretal "Si *Cautio*", dentro de la reglamentación de la prueba de la causa en el procedimiento eclesiástico, normó que el acreedor debía previamente, en juicio, probar la causa de la obligación cuyo cumplimiento exigía: Se refiere a la promesa escrita (*cautio*) que la falta de causa hace sospechosa, exigiéndose que el escrito permita caracterizar la operación (*cautio discreta*).

En tiempos del glosador Baldo (1327-1406) se establece que en un contrato la carencia de solemnidad (*nudum* a *solemnitate*) no le

134 Cfr. MARÍN PÉREZ, Pascual, 1983, p. 183.

haga perder validez si no carecía de causa *(nudum* a *causa)*[135]. Nos enfrentamos a la *causa debendi* con su giro objetivo, legal y fontanal. La causa no es sino la fuente de las obligaciones, el semillero de donde nacen las obligaciones de donde se pretende extraer exigibilidad.

Por su parte, para la doctrina iusnaturalista -refiere De Castro-[136] la idea de obligatoriedad de la promesa, pasa de los libros de teología moral a los de derecho natural y de gentes, de tal forma que entre contrato y pacto no aparece ninguna diferencia, de modo que los pactos nudos producen acción.

4. LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

El principio insuflado por el Derecho Canónico (a partir del Derecho natural, abanderado por la Iglesia, en virtud de los mandatos de celeridad y prontitud de los contratos consensuales en pugna con el ritualismo y formalismo romanos, fruto del valor seguridad), por el cual el simple consentimiento bastaba para crear el vínculo contractual, empezó a traer graves consecuencias, que indujo a que los canonistas empezaran a idear dispositivos de defensa y corrección de tales consecuencias negativas.

Al haber desalojado el valor justicia a los demás valores del plexo vatorativo[137], era menester echar mano de los demás, para equilibrar el estado de cosas imperante.

De esta manera, se empieza a usar el juramento para reforzar la promesa. Algunos autores ven en este juramento una suerte de causa de la obligación sin la cual, el nudo pacto que no estuviera vestido, o

135 Se aceptaba por ende la eficacia del *pacto nudum* a *solemnitatem*, *sed non nudum* a *causa* que ya aseveró Baldo (el pacto puede carecer de formalidad para su validez, pero no de causa). Cfr. SALAS, 1982, p. 54.

136 CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 171.

137 MARTY, 1952, p. 892.

sea, sin juramento, el acuerdo no obligaba, aunque pronto este mismo juramento resultaría desacreditado cuando estuviera impregnado de ilicitud[138], mientras que otros juristas comentan que preponderó la eficacia de la promesa.[139]

En este marco se desarrolló una institución que había nacido en Roma como medida de protección para ciertos excesos de los contratos consensuales de venta, arrendamiento y sociedad, se trata de la *exceptio non numeratae pecuniae*, y por la cual las obligaciones se hacían recíprocas, dentro de los contratos sinalagmáticos. "Nos atrevemos a afirmar -dice Parodi[140]- que buscando la misma garantía, Domat habló de que la 'obligación de una parte es el fundamento de la otra'. Con lo cual, la *exceptio* no sería consecuencia de la teoría de la causa; sino la causa errada consecuencia de la *exceptio*."[141]

138 TABOADA, 1996, p. 100.

139 De Castro y Bravo dice al respecto: "Se parte de la premisa de que toda promesa vale u obliga 'secundum canone'; pues, se dice, que lo mismo que el juramento obliga también la palabra dada ('loquelan nostram'), ya que como en el uno no ha de haber perfidia 'en vuestras palabras no debe haber mentira'. Con lo que la afirmación de que cualquier promesa quedaba vestida, al ser corroborada con juramento, pierde importancia, al considerarse obligatoria cualquier promesa. A la máxima de los civilistas de que los pactos nudos no obligan, se opondrá entonces la afirmación de los canonistas de que: 'pactus nudus obligat'. " Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 170.

140 PARODI, Ibidem.

141 También puede consultarse RIPERT y BOULANGER, sf, p. 184, donde se dice: "La voluntad de obligarse encuentra ahí su justificación evidente en el hecho de que la otra parte se obliga a suministrar una prestación correlativa. Uno de los contratantes debe por lo tanto ser desligado del deber de conciencia que el contrato pone a su cargo si el otro contratante viene a faltar a la fe jurada. Es la solución dada por un texto célebre de la Summa de Hostiensis: '*Non servanti fidem, non est fides servanda Ideo juramentum illum non ligat quei praestetit, dum is quei praestitum fueat servare negligit queod promsit*. Este principio domina todo el cumplimiento de los contratos sinalagmáticos. Va por lo tanto más allá de la teoría de la causa que interesa a la formación del contrato. Pero de él ha sido extraído nuestro concepto moderno de la causa en los contratos sinalagmáticos."

De esta manera, los contratantes no podían desligarse de su obligación una vez que existía la simple promesa, salvo al emplear los mecanismos como la *exceptio* o el pacto comisorio. "Basándose en que el pacto comisorio nacía de la voluntad, se dedujo que en los contratos sinalagmáticos puede presumirse que la contraprestación inejecutada fue el factor preponderante para que determinara la voluntad a contratar. Por lo tanto, el pacto comisorio se entiende sobreentendido en todos esos contratos. En los contratos unilaterales esa condición tácita no juega", como bien apunta Parodi.[142]

Con ello resulta bastante claro que el principio de interdependencia nacía no como fruto del accionar de alguna teoría causal, sino que fue consecuencia de la aplicación de las *exceptiones* a los contratos consensuales.[143] En virtud de ello, la *exceptio inadimpleti* (o *non adimpleti*) *contractus* hacía correlativas a las obligaciones, y por el pacto comisorio -con un origen basado en la voluntad, según vimos en el capítulo referido a la herencia del Derecho romano- hacía que se presumiera la condición resolutoria tácita por la cual se sobreentendía que ante la inejecución probable de la contraprestación, la prestación quedaba resuelta, en el seno de los contratos sinalagmáticos.

142 Ibídem.

143 En sentido sutilmente contrario se pronuncian Alessandri y Somarriva, al decir: "Y precisamente los canonistas dedujeron las dos principales consecuencias que se desprenden de la interpretación de la voluntad de cada una de las partes: la *exceptio non adimpleti contractus* y la *acción resolutoria* del contrato por inejecución de la obligación de una de las partes", cuando en realidad era al revés. Cfr. ALESSANDRI RODRíGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, 1961, pp. 387-388.

5. EL ADAGIO *FIDES NON SERVANDA EST EL QUEI FRANGIT FIDEM*[144]

(*Non servimdi fidem non est fides servanda*). Este adagio fue formulado por primera vez por Graciano, y gozó de carácter contractual y penal durante mucho tiempo. Sin embargo, contrario a la opinión de Capitant, este adagio no se aplicó para los contratos nacidos del Derecho romano.[145]

Pero la simple promesa que hacía obligatorio un pacto, generaba que todos los contratos podían ser abstractos, porque tenían efectos plenos sin indicar cuál era la fuente de la obligación. Este fue justamente el campo más propicio para la usura y otros problemas que se volvieron a reproducir en forma agravada, problemas que los pactos abstractos del otrora Derecho romano habían creado.[146] No obstante, el derecho canónico propuso también sus medidas de solución, cosa que veremos enseguida.

---

144 Los hermanos Mazeaud ven en este adagio una forma de causa abstracta cuando muy bien hemos visto cómo la presunción de la prestación inejecutada, procedente de la *exceptio* y el *pacto comisorio*, fue el factor preponderante para que determinara la voluntad a contratar, sin ninguna alusión a la causa, sin embargo, sostienen ellos: "El Derecho canónico dedujo, en primer lugar, el principio de la conexión de las obligaciones; la tesis canónica se resume en el siglo XIII en la fórmula: '*Non servandi fidem*, *non est fidem servanda*,' no hay que mantener la propia palabra con respecto a la persona que no mantiene la suya. La necesidad de la causa abstracta como requisito de validez del contrato estaba planteada: cada obligación debe tener por causa la obligación correlativa del otro contratante. Los juristas laicos adoptaron sin dificultad la noción de causa abstracta así deducida", Cfr. MAZEAUD, 1960. p. 294.

145 MARTY, 1952, pp. 892 y ss.

146 Como vemos, el derecho canónico ofreció múltiples soluciones a problemas como la usura, la lesión, precio injusto. etc., situaciones que -para otros autores como De Castro- tienen que ver con el valor de la causa. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, 1985 p. 170.

6. LA QUERELLA NON NUMERATAE PECUNIAE

En Roma, en los contratos formales como el préstamo, antes de entregar el dinero el prestamista hacía firmar al deudor la estipulación por la cual se obligaba a restituir la suma indicada, en la que el deudor corría el riesgo de que no se le entregara efectivamente el dinero o se hiciera figurar una suma mayor. El derecho, por su parte, le concedía la facultad de probar el hecho negativo de la falta de entrega, lo que era de total ineficacia.

Las Constituciones imperiales permitían al deudor invocar la falsedad del acto por anticipado o durante el ejercicio de la acción contra él mediante la *querella non numeratae pecuniae* (excepción de dinero no recibido), predominando los valores orden y paz. Entonces el acreedor debía probar la veracidad de la entrega del dinero: No era la causa-fin la que estaba en juego, era hacer perder, en protección del orden público, ventajas que, con respecto a la prueba, otorgaba el acto formal.

Durante el Bajo Imperio se modificó la legislación y solamente se útilizó la *querella* cuando el acto no hacía constar la entrega del dinero; luego se establecería que si la promesa no indicaba el acto jurídico que había dado origen a la deuda, al acreedor incumbía la carga de la prueba. De esta forma los prestamistas con el fin de evadir sus efectos hacen firmar al deudor la renuncia anticipada de la *querella*[147], pero los glosadores terminan por declarar nula tal renuncia[148]. El orden

147 En el antiguo derecho, en la Edad Media se admitió que el deudor podía renunciar válidamente al beneficio de la *querela* (BUERES, 1995, pp. 324 y ss). Esa renuncia se convierte en usual en los documentos notariales y la *querela* cayó en desuso, desde fines del Siglo XVI, la jurisprudencia de los parlamentos admitió que la prueba de la ausencia de causa incumbía al deudor, incluso en caso de paré sin causa (excepción de dinero no contado, *querela non numeratae pecuniae).*

148 RIPERT Y BOULANGER, sf, p. 163, equiparan la causa a la promesa o hecho antecedente: "Si las *nuda verba* crean la obligación, como lo hacía la *stipulatio*, la ausencia de formas expone a la voluntad a obligarse sin causa, es decir, sin la

público nuevamente se imponía. Al final los prestamistas acudieron al juramento para consolidar sus efectos, vale decir que vencieron a los canonistas con sus propias armas, desapareciendo la *querella* de la escena jurídica.[149]

Rotundamente observamos que este mecanismo constituye una cuestión de prueba emparentada con la protección al orden público, siendo incorrecto afirmar -cosa que pretenden los causalistas- que se trata de una teoría completa de la causa.

7. DIVERSOS SENTIDOS DE LA PALABRA CAUSA

Por su parte De Castro y Bravo[150], realiza una clasificación de los diversos significados de la causa en función de la lógica aristotélica y su sistema de las cuatro causas: "***Causa eficiente***. Aquello por lo que algo se ha hecho (*'id a queo aliqueid fit'*). Este '*queid praeteritum vel instans*' que impele a disponer de algo, será considerado la causa en ciertos contratos innominados (doy porque diste, etc.), de determinadas '*condictiones*' (*'causa data, causa non secuta'*), y de la interdependencia de las prestaciones en las obligaciones recíprocas (*'exceptio non adimpleti contractus'*, *'exceptio non numeratae pecuniae'*). ***Causa final*:** Aquello para lo que se hace algo (*'id propter queod aliqueid fit'*). Este '*motivum finale vel impulsivum*', se tiene en cuenta como el propósito de los contratantes y se le distingue de la mera 'causa impulsiva' o mero motivo; del que se dice '*non est propie*

consideración de la prestación que justifica la obligación. Galdo declara en una fórmula cautivante que si el pacto es *nudum* a *solemnitate*, no debe ser *nudum* a *causa*. A decir verdad, la cuestión se había planteado de entrada a propósito de la prueba; al ser habitualmente comprobada la promesa por un escrito (cautio), el acreedor debía establecer la existencia de la causa, si el escrito no la mencionaba; en la hipótesis inversa, el deudor debía probar que la obligación estaba desprovista de causa".

149 MARTY, 1952, p. 893.

150 DE CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 169.

causa, sed motivum queoddam ad disponendum'. **Causa *formal*.** Aquello por cuya virtud algo es lo que es (*id queo ens est queod est*) (*aliqueid*). Ella se entiende ser la que se encuentra en la eficacia constitutiva de la ley. En esta última se distingue la *causa material:* aquello de lo que está hecho algo, ('*id ex queo aliqueid fit*') y que se encuentra determinando la variedad de 'objetos del contrato'."

Ahora bien, más allá de toda esta pléyade de significaciones del término *causa* desde un punto de vista alimentado por el sistema aristotélico, podríamos también estudiar otras formas de ver esta figura a partir de la postura prodigada por diferentes métodos, a saber:

7.1. La Causa como Causa Fin

Para algunos autores una base importante que avala los principios de autonomía de la voluntad e interdependencia de las obligaciones recíprocas durante esta época, se encuentra en los contratos sinalagmáticos donde la voluntad de obligarse encuentra su justificación evidente en el hecho de que la otra parte se obliga a suministrar una prestación correlativa. De esta forma, un contratante se desliga del deber de conciencia que el contrato pone a su cargo si el otro contratante falta a la fe jurada.[151] La causa viene preñada de una significación de marcada orientación objetivista en la medida que las obligaciones tienen -dentro del quehacer negocial- su correspectivo correlato contractual.

Por su parte, Ripert piensa que las partes contrataban en los contratos con prestaciones recíprocas enfocando su atención -salvo el caso de la intención liberal- a la obtención de la contrapartida en consideración de la cual se hubiera concertado la obligación.[152]

151 RIPERT y BOULANGER, sf, pp. 183-184.

152 PLANIOL y RIPERT, 1946, p. 352.

Para CARBONIER[153] los canonistas se preocuparon por la justicia conmutativa, insistiendo en la exigencia de una contraprestación o equivalente que pueda servir a la obligación de fundamento, si bien la causa motivo de las liberalidades se manifiesta espontáneamente.

Pero como lo vimos en los apartados anteriores, el principio de la interdependencia de las obligaciones es fruto de aplicación de la presunción de la prestación inejecutada como factor determinante de la manifestación de voluntad en los contratos sinalagmáticos, como emanación del empleo del pacto comisorio y de la *exceptio non adimpleti contractus*. No es que estas excepciones nazcan como corolario del uso de un principio concomitante con la causa fin, sino al contrario, la teoría de la causa fin domatiana hunde sus raíces y es consecuencia de la *exceptio inadimpleti contractus*.

7.2. La Causa como Causa Final

Un aporte del iusnaturalismo -para De Castro[154]- constituye el abandono del sistema romanista de la causa y su sustitución por el principio de la validez de cualquier pacto, con tal que tenga una finalidad razonable y justa, por lo que la regla de la eficacia jurídica del convenio libremente consentido carecería de otro límite que el de la exclusión de aquél cuyo propósito se revele como absurdo o ilícito.

Existía causa, por ende, si el promitente tenía a la vista un resultado concreto, o un acto jurídico determinado o algo más amplio aún, como hacer las paces; y para que la honradez quedara salvaguardada, no sólo era preciso que el promitente tuviera un objetivo sino que se tratará de algo justo y razonable.

153 CARBONIER, s.f., p. 247.

154 DE CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 219.

En la misma línea, para los teólogos y muchos prácticos, la finalidad de una promesa debía ser ante todo, objeto de una valoración moral, esta idea procede de San Agustín y es desarrollada por Abelardo y Santo Tomás (en el siglo XIV Santo Tomás diría que la causa final es *prima in intencióne, postrema in executione*: primera en intención, postrera en ejecución). Así la doctrina tomista influiría en el análisis de la voluntad dentro del tramado contractual.

Por su parte, Ripert y Boulanger[155] creen que los canonistas hicieron de la obligación nacida del simple acuerdo de voluntades un deber de conciencia, donde el deudor era culpable de una falta ante el incumplimiento de su compromiso. Era por ende, necesario el análisis de ese compromiso, a través del estudio de la voluntad examinando si las razones para comprometerse eran suficientes para que el deudor estuviese obligado: Se deseaba penetrar en el fuero interno para apreciar el valor moral de la obligación.

Asimismo, según estos aludidos comentaristas[156], los postglosadores trataron de explicar cómo el simple acuerdo de voluntades podía engendrar la obligación, encontrando tal explicación en la causa como vestimenta del nudo pacto. Esta causa era asumida como dato psicológico, finalidad que en el espíritu de quien se obliga, el contrato debía permitir alcanzar: causa final. De la misma forma, esta *causa finallis* se opone a la *causa impulsiva* que es el motivo ocasional, que pone en movimiento a la voluntad pero no la determina, ni afecta a la obligación.

Los hermanos Mazeaud[157] después de manifestar que los canonistas dedujeron el concepto de causa abstracta, según se ve del adagio "*non servandi fidem non est fidem Servando*" (no hay que

155 RIPERT Y BOULANGER, sf, p. 183.

156 RIPERT Y BOULANGER, sf, pp. 183 y ss.

157 Mazeaud, 1960, pp. 294-295.

mantener la propia palabra con respecto a la persona que no mantiene la suya), de donde deriva la noción de conexión de obligaciones (cada obligación debe tener por causa la obligación correlativa) completada por las ideas de equivalencia, equidad y equilibrio en el contrato, "para lograr que penetrara en él la *moral* no era suficiente -refieren los hermanos Mazeaud[158]- con recurrir a la noción técnica, abstracta, de causa de la obligación; era necesario referirse a los *móviles* que hubieran determinado a los contratantes."

En todo caso, el iusnaturalismo abona a la teoría de que el nudo pacto obliga, la idea de que la voluntad requiere una finalidad justa o razonable. Pero ello no es sino la causa final o psicológica de la voluntad -aristotélicamente hablando-, es una parte de la voluntad y no una categoría añadida a la misma como elemento de validez del contrato. Es un factor que viene predicado por la estructura de la voluntad.

8. APORTES

Es importante considerar dos principios que el Derecho Canónico aporta al mundo:[159]

A. Dentro de los contratos bilaterales, la reciprocidad obligacional es fruto de la aplicación del pacto comisorio y de la *exceptio non adimpleti contractus* que hacían correlativas las obligaciones y se presumía que la contraprestación inejecutada determinó la voluntad de contratar, por lo que ante el incumplimiento de una de las partes la otra no quedaba ligada por haber empleado su palabra *(non servandi fidem non est fides servanda)*, avizorándose que Domat echaría mano de esta figura para la construcción de su teoría. Esta reciprocidad obligacional refleja el predominio de

158 Mazeaud, 1960, pp. 294-295.

159 CIFUENTES, 1986, p. 185.

la naturaleza sinalagmática de este tipo de negocios, más allá de toda alusión a la causa final.

B. Se provee un encuadre moral al consentimiento, al averiguar los móviles que impulsaron el acuerdo de voluntades. Sin embargo, esta causa final de la voluntad es parte de ella y no una categoría independiente y abstracta que se presente a modo de condición de la misma.

Finalmente, cabe acotar que los diversos problemas que plantearía el solo *consensus* en la creación de obligaciones, tal cual lo hizo otrora el contrato formal romano, de carácter abstracto en el que la causa fuente no era manifestada, obligó a la creación de instrumentos como la *exceptio non adimpleti contractus* o la *querella non numeratae pecuniae* que combatieron tales excesos. Es una cuestión de prueba en el marco de la protección al orden público la que dominaba en el ámbito socio-comercial y no ninguna teoría de la causa.

9. CONCLUSIONES

Este breve, pero no por ello menos importante capítulo, nos brinda elementos de juicio sumamente trascendentes para comprender las concepciones posteriores en torno a la causa, de donde podemos inferir lo siguiente:

A. El *nudo pacto*, la simple manifestación de voluntad genera efectos jurídicos. Desaparece la diferenciación romana de pactos y contratos por cuanto ahora el solo *asenso* es fuente de obligaciones. Ante las nefastas consecuencias que originó el que la sola voluntad origine todo tipo de consecuencias, se recurrió al juramento que reforzaba las promesas, pero incluso éste fue dejado de lado.

B. En esta etapa la *exceptio non numeratae pecuniae* tiene gran auge. Este instrumento hace correlativas a las obligaciones y, a partir de aquél, Domat extraería la noción de causa clásica para los contratos sinalagmáticos. Por su lado, el pacto comisorio se presentaba en los contratos sinalagmáticos, donde se presumía que la contraprestación inejecutada había sido factor determinante de la voluntad de contratar.

C. Con el adagio *fides non servanda est ei quei frangit fidem* más los otros dispositivos contractuales, en atención al valor justicia y equidad, se da solución a los problemas como la usura, la lesión, el precio injusto, etc. Pero ante el nuevo peligro que acarreaba la obligatoriedad contractual nacida del simple acuerdo, entró a desarrollarse la *querella non numeratae pecuniae* (excepción de dinero no recibido), que pronto desaparece de la escena jurídica.

D. Los causalistas pretenden ver en esta cuestión de prueba, toda una teoría de la causa, sin comprender que todos estos mecanismos estaban encaminados a la protección del orden público.

E. El iusnaturalismo y el tomismo postulan el análisis de la causa *finallis* como elemento de la voluntad, y no como categoría propia. Sin embargo, fueron los mecanismos de la *exceptio non adimpleti contractus* y la *querella non numeratae pecuniae*, más el pacto comisorio, las que resolvieron los problemas que originó el exceso del empleo del solo consenso cual contrato formal romano que se abstraía de su causa fuente o hecho generador.

Capítulo IV
LA TEORÍA CLÁSICA

1. Breve Sinopsis Histórica. 2. Pauta Doctrinal. 3. Teoría de Domat. 3.1. Antecedentes doctrinarios. 3.2 Doctrina Domatiana. a). Contratos Sinalagmáticos. b). Contratos Unilaterales. c). Contratos a Título Gratuito. 3.3. Causa de las Obligaciones o Causa del Contrato. 4. Teoría de Pothier. 4.1. Postura Doctrinal. a). Contratos a Título Oneroso. b). Contratos a Título Gratuito. 4.2. Diferencias con Domat. 4.3. Sobre la Causa Genética de las Obligaciones. 5. Tipos Contractuales. a. Contratos Sinalagmáticos. b. Contratos Unilaterales. c. Contratos a Título Gratuito. 6. La Causa Fin en el Código Civil Francés. 7. Concepto de Causa Fin. 8. Características de la Causa Clásica. 9. Causa fin vs. Motivo. 10. Requisitos de la Causa. a. Que sea Verdadera. b. Que sea Lícita. c. Que sea Necesaria. 11 . Utilidad de la Teoría de la Causa-Fin. 12. Aplicaciones Prácticas. A). Ausencia - o Falta De Causa. B). Causa Falsa. a). Causa Errónea. b). Causa Simulada. C). Causa llícita o Inmoral. a). Casos Prácticos. b). Utilidad. 13. El Acto Abstracto y la Prueba De La Causa. 13.1. *Querella Non Numeratae Pecuniae*. 13.2. El Negocio Abstracto. 14. Cobertura Contractual de la Causa Fin. 14.1. Contratos (*Engagements*) a Título Oneroso. 14.2. Contratos Aleatorios. 14.3. Contratos Accesorios. 14.4. Promesas De Contrato. 14.5. Transacción. 14.6. Estipulación a favor de Tercero. 14.7. Delegación. 15. Observaciones y Críticas. 16. Conclusiones.

1. BREVE SINOPSIS HISTÓRICA

En Roma no asistimos al nacimiento de una concepción técnico-jurídica de la causa, sino que tenemos a la vista múltiples concepciones del término causa en el marco de un derecho fenoménico que sólo

tiene en cuenta las "manifestaciones externas de las substantividades básicas"[160], *dentro de una Babel terminológica de los textos romanos*[161].

Por su parte, en el Derecho medieval, se dan las primeras y claras expresiones de un derecho metafísico, mientras que la filosofía escolástica desarrolla un sistema lógicodidáctico, que en la Baja Edad Media toma encarnadura en las manifestaciones clásicas de la causa de corte aristotélico (causa material, formal, eficiente y final) aplicada a todos los fenómenos jurídicos. Además, debemos destacar que en la Edad Media, se produce un desarrollo de mecanismos creados por el Derecho en respuesta a situaciones injustas del entomo socio-jurídico, llámese *condictio inadimpleti contractus*, *querella non numeratae pecuniae*, *pacto comisorio*, etc., donde la causa fin no tuvo ninguna participación ya que se trataba de cuestiones de prueba que obedecían a la protección del orden público, la justicia y la paz.

Veamos ahora cómo es que se gesta la teoría clásica de la causa, teniendo como antecedentes a Domat y Pothier en el marco del Código Napoleónico.

2. PAUTA DOCTRINAL

En el capítulo referido al estudio de la causa en la Edad Media, pudimos apreciar cómo la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* a los contratos sinalagmáticos, hacía correlativas a las obligaciones, constituyendo el fundamento sobre el cual Domat basaría su teoría, con lo cual la *exceptio* no sería consecuencia de la teoría de la causa, sino la causa *errada* una consecuencia de la *exceptio*[162].

160 OURLIAC y DE MALAFOSSE, 1960, pp. 296-297.

161 GORLA, 1959,, p. 317.

162 MARTY, 1952, p. 892.

Asimismo, el principio de interdependencia de las obligaciones, soporte de esta teoría, descansa sobre la fórmula acuñada en el siglo XIII: "*Non servanti fidem, non est fidem Servando*", mediante el cual no hay por qué mantener la propia palabra con respecto a la persona que no mantiene la suya.

En este contexto, Domat y Pothier, auténticos hijos del iusnaturalismo, se presentan abanderando el principio fundamental de libertad del hombre como centro de la sociedad y del ordenamiento jurídico[163]. Diseñada primigeniamente por Domat, ampliada posteriormente por Pothier y recogida por el Código Napoleón de 1804, la teoría clásica es seguida por Demolombe, Aubry y Rau, Colmet de Santerre y otros apóstoles, como veremos en seguida.

3. TEORÍA DE DOMAT (1861)

Jean Domat (1625-1695) Autor de la época de Luis XIV, en la que se respiraba un clima de libertad como base de la voluntad jurídica, una santidad de los contratos como expresión formulada sobre el reconocimiento del valor de la lealtad a la promesa aceptada, que ya no necesitaba de un sustento religioso para alcanzar plena validez, sino que avanzaba a un humanismo, tal vez laicizado, de marcado acento individualista[164].

3.1. Antecedentes doctrinarios

Domat tiene claros antecedentes doctrinarios en Grotius, Vinnius y Boetius que ya mencionaban las Nociones de *causa data* (causa-contraprestación), y de *causa razonable*, como circunstancia que lógicamente deba estimarse hábil para determinar la exigibilidad

163 TABOADA, 1995b, p. 21.

164 LAVALLE ZAGO, 1991, p. 144.

jurídica de una obligación[165]. Escribe su libro llamado "*Les lois civiles dans leur ordre natural*" ("La Exposición De Las Leyes Civiles Según El Orden Natural"), donde expone su interpretación cartesianamente racionalista de la causa, creando en sí toda una nueva teoría, recogiendo obviamente algunas referencias históricas que podrían convenir a su teoría: su pensamiento estuvo cabalgado por distintas doctrinas conformantes de su acervo espiritual, entre ellas cabe mencionar:[166]

> a. El subjetivismo católico, porque a cada momento se funda en textos religiosos.
>
> b. El racionalismo del reinado de Luis XIV: al respecto Capitant dice que Domat es en Francia el más ilustre representante de la escuela del Derecho Natural y de Gentes.[167]
>
> c. El romanismo, ya que Domat conoció su estructura al trazar en su libro '*Legum Delectus*' un notable cuadro sinóptico de todo el Derecho Romano. Sin embargo, pese a ello, su interpretación de los textos romanos resulta ser deficiente e inexacta al tratar de basar su doctrina de la causacontraprestación en la concepción romana, como el más próximo y firme antecedente de su andamiaje intelectual.[168]

---

165 CARBONNIER, sf, p. 247.

166 MARTY, 1952, pp. 880 y ss.

167 Domat, según Planiol, provoca un cambio subversivo en la doctrina civil y para Capitant, es uno de los más ilustres representantes de la escuela del Derecho Natural o del Derecho de Gentes; racionalista hasta el punto de haber sido llamado el restaurador de la razón en la jurisprudencia. (Cfr. DIEZ PICAZO, 1983, pp. 161 y ss.)

168 Sus predecesores interpretaban los textos y leyes romanas sin separarse del *Corpus Juris Civilis*, ni intentar un sistema nuevo y racional del derecho civil. Sin embargo, Domat pese a que se basó en una mala interpretación de los textos romanos, trató de exponer las leyes civiles "*dans un ordre natural*", apartándose de la glosa y de

Los canonistas y la escuela del Derecho Natural le enseñaron que el simple consentimiento basta para formar las obligaciones y conceder el derecho a demandar el cumplimiento forzado ante las autoridades judiciales. Es que Domat, como sabemos, es dueño de una formación racionalista e individualista que le impulsa a buscar verdades abstractas y universales aplicables a toda realidad, independientemente de las circunstancias contingentes.

Cree que no hay obligación sin causa: "*Nulla obligatio est sine causa*", le interesa la *causa obligaciónis* (causa de la obligación). En sus '*Lois Civiles*' estudia la naturaleza de los contratos y su modo de formación, examinando la causa de las obligaciones, afirmando que ningún convenio obliga sin causa. La causa se proyecta como el fin que determina a las partes de una convención, a precisar su consentimiento.[169]

3.2. Doctrina domatiana

Estudiemos ahora cuál es la concepción de Domat extraída del eje principal de su obra "*Les lois civiles dans leur ordre natural*" *que* Marty (1952) *lo resume así*:

> Las relaciones y negocios útiles a las personas y a las cosas son de cuatro clases que constituyen cuatro especies de convenciones. Pues los que contratan entre sí o se dan recíprocamente una cosa por otra, como en la venta y permuta, o hacen alguna cosa en beneficio recíproco, como cuando se encarga uno de los asuntos de otro; o bien el uno hace y el otro da alguna cosa, como si uno da su trabajo por

los fragmentos, textos y leyes romanas, que integraban el *Corpus Iuris*, para crear un sistema nuevo donde campee el racionalismo cartesiano aplicado a la ciencia del derecho lo que constituye el factor que subvierte el problema de la causa en el derecho civil.

169 ODERIGO, 1982, p. 253.

> cierto precio; o finalmente, uno solo da o hace, sin que el otro dé o haga nada, como cuando una persona se encarga gratuitamente de los negocios de otra, o cuando uno hace cierta donación por simple liberalidad." (p. 881).[170]

Y luego de hablar de las convenciones en general, empieza a explicar lo que entiende por causa en cada tipo contractual, así Gorla (1959) lo explica:

> En estas tres primeras clases de convenciones se celebra un negocio que no tiene nada de gratuito; la obligación de cada una de las partes es el *fundamento* de la obligación de la otra. Incluso en las convenciones en que parece que sólo una de las partes queda obligada, como en el préstamo de dinero, la obligación del prestatario ha sido precedida por el cumplimiento de lo que el otro contratante debía hacer *para formar la convención.* Así, la obligación que *se forma* en las convenciones de esta clase en favor de uno de los contratantes tiene siempre su causa en la obligación de la otra parte... (pp. 77-78).[171]

Y continúa Gorla[172] diciendo que Domat cita los textos romanos sobre los contratos innominados, en los que la contraprestación (ya cumplida) de una de las partes era la 'causa' o '*causa data*' de la obligación de la otra y era, al mismo tiempo, un elemento de la formación del contrato, lo mismo que en los contratos reales del Derecho medieval.

170 Cfr. Domat, 1861a, pp. 1 y ss.

171 Cfr. Domat, 1861a, p. 3.

172 GORLA, 1959, pp. 77 y ss.

Y con respecto a los contratos a título gratuito, Marty (1952) sintetiza la teoría domatiana de la siguiente forma:[173]

> En las donaciones y en los contratos en que al lado de una sola parte está el dar y el hacer, y la otra no hace ni da nada, la aceptación perfecciona el contrato, y la obligación del que da se fundamenta en un *motivo razonable y justo* como, por ejemplo, un *servicio prestado* o *algún otro mérito del donatario*, o *el solo placer de hacer bien.* Y este motivo hace las veces de causa de quien recibe y no da nada... Es preciso diferenciar bien en las donaciones los motivos que los donantes manifiestan como verdaderas causas de su liberalidad, de las condiciones a que las someten. Porque anulando la falta de condición, la *donación condicional subsiste*, *sin embargo*, a *pesar de que los motivos expresados no sean verdaderos.* Así, por ejemplo, si en una donación se dice que tiene lugar por servicios prestados, o para facilitar al donatario una adquisición que éste quería hacer, no se anulará la donación si no existen servicios recibidos o la adquisición no se ha realizado. *Porque permanece siempre la voluntad del donante*, y *ha podido tener otros motivos que los manifestados.* (p. 881).[174]

Nos encontramos frente a enunciados realmente obscuros, contradictorios y confusos. Sin embargo, es posible entresacar la médula de su discurso y tratar de reconstruir este laberinto uniendo las piezas del rompecabezas en tres secciones principales: contratos sinalagmáticos, contratos unilaterales y contratos a título gratuito

173 MARTY, 1952, p. 881.

174 Cfr. Domat, 1861, p. 305.

que brevemente lo veremos en seguida con el compromiso de abordarlos más adelante con más detenimiento y asiduidad.

a) Contratos Sinalagmáticos

En este tipo de contratos la obligación de cada parte tiene por causa la obligación de la otra: la obligación del comprador tiene por causa la obligación del vendedor. Domat (1861a, pp. 2–3) dice, como vimos *ut supra:* "la obligación de cada una de las partes es el *fundamento* de la obligación de la otra." Estamos ante el juego de las contraprestaciones, un balance de prestaciones que se sirven mutuamente de causa: "consecuentemente, lo que es causa de la obligación de una de las partes, es objeto de la obligación de la otra. De ello resulta que si en un contrato sinalagmático, una de las obligaciones es nula por falta de objeto, la obligación correlativa es nula por falta de causa"[175]. Por lo que resultaría inútil toda referencia a la causa cuando muy bien el objeto cumpliría a cabalidad el cometido nulificante ante anomalías contractuales.

b) Contratos Unilaterales

Según palabras del propio Domat (1861a, pp. 3–4), *la obligación del prestatario ha sido precedida por el cumplimiento de lo que el otro contratante debía hacer para formar la convención.* La causa de la obligación de devolver el bien se encuentra en la prestación hecha anteriormente por el acreedor, es decir, en la entrega de la cosa, en la ejecución de la prestación. Ya no estamos frente a una obligación correlativa sino frente a una prestación, la misma que no es sino la causa fuente de la obligación de entregar el bien dado primigeniamente.

De otra parte, Domat cita los textos romanos -revisados *ut supra* en el capítulo correspondiente a la herencia del Derecho Romano- en

175 GAUDEMET, 1984, p. 130.

los que pretende ver un elemento de formación del contrato en el primer 'cumplimiento de la prestación en los contratos innominados (*causa data*), cuando muy bien vimos que en Roma no se entendía esta prestación como la causa fin o como un factor de validez del contrato innominado, sino como la *res*, el contrato mismo, la propia voluntad de la ley (*voluntas legis*), mas no como el fundamento de la obligación de la otra parte.

c) Contratos a Título Gratuito

Domat (1861a, p. 305) es verdaderamente contradictorio y enrevesado en este punto. En un momento de su discurso menciona que la *obligación del que da se fundamenta en un motivo razonable* y *justo como, por ejemplo, un servicio prestado o algún otro mérito del donatario, o el solo placer de hacer bien. Y este motivo hace las veces de causa de quien recibe* y *no da nada.*

Es decir, que la causa de los contratos gratuitos consistiría en un motivo razonable y justo, pero luego Domat (1861a, p. 306) se contradice cuando en un parágrafo más adelante de su texto, menciona que *no se anulará la donación si no existen servicios recibidos o la adquisición no se ha realizado. Porque permanece siempre la voluntad del donante, y ha podido tener otros motivos que los manifestados.* Con ello podríamos pensar -opinión de Capitant- que se trata del *animus donandi* y no de los motivos, que pueden variar hasta el infinito y que no interesan al contrato, la causa de los contratos gratuitos.

Finalmente, recordemos brevemente que Domat (1861a, p. 306) aclaró que el fundamento motivacional en este tipo de contratos gratuitos *hace las veces de causa*, o sea, que no es la causa en sentido propio, sino que hace sus veces. ¿Qué podríamos entender con ello?, ¿estará Domat aludiendo a un sentido objetivo o subjetivo de causa? Al respecto Gorla (1959) nos trae algunos alcances: Domat parece olvidar que en sus tiempos la donación es todavía un contrato real

y formal; parece olvidar el problema de la *donation avec charges* y el de la promesa por una *causa praeterita*, para las que, en defecto de una *cause suffisante*, se requiere el documento notarial. Tampoco nos dice Domat en qué consiste el '*motif raisonnable et juste*' que 'hace las veces de causa' en los *otros* contratos en los que falta el elemento de la *res* o del 'contracrédito'. Habla del '*simple placer de hacer el bien*'; pero, probablemente, con ello quiere referirse a las donaciones, en las que el requisito de forma o el elemento real tienen todavía mucha importancia, y no a los 'otros contratos' (que no sean de *dar*) en los que faltan los elementos de la forma, de la *res* o del contracrédito... (pp. 79 y 80).

En cualquier caso, el concebir el espíritu de liberalidad o de beneficencia como 'causa' que justifica el reconocimiento jurídico de ciertos contratos a título gratuito, concepción que no es exclusiva de Domat, deriva probablemente de uno de los muchos equívocos originados por el ambiguo significado del término 'causa' en los textos romanos, en los que también al referirse al espíritu de liberalidad se usa dicho término en el sentido de finalidad o móvil.

En cuanto a esos '*otros* contratos' Domat (1861a, pp. 5–6) no nos dice, por ejemplo, en qué condiciones serían válidas una *promesa* de comodato y una *promesa* de mutuo sin intereses, es decir, *promesas* no acompañadas de la entrega de una cosa. ¿Se requerirá en estos casos un *motif raisonnable* que, por su carácter *objetivo* o según la *apreciación* común de lo que es razonable, revele la voluntad de obligarse jurídicamente? ¿Se requerirá, además, que este *motif* sea *juste*, es decir, que según la común apreciación justifique la condena del promitente?

Por lo demás, esos 'otros contratos' de que habla Domat y en las que no se dan los elementos de la forma, de la *res* o del contracrédito, no son necesariamente contratos a título gratuito o no interesados

pensemos, por ejemplo, en las promesas unilaterales de venta y en otras promesas *interesadas*."

Con estos pasajes sumamente esclarecedores podemos comprender que Domat (1861a, pp. 305–306) engolfa en la categoría de contratos a título gratuito o no interesados solamente a aquellos en los que se da o se hace algo, como por ejemplo en las donaciones y en otros contratos de igual contextura, para los cuales no puede actuar la causa en sentido propio (entrega del bien *res* o juego de contraprestaciones), sino que el motivo razonable y justo o el ánimo de liberalidad (distinción que veremos posteriormente) *hace las veces* de causa. Además, se aclara que Domat (1861a, pp. 304–306) soslayó la idea de que las donaciones son contratos que debían cumplir una formalidad y una entrega de la *res*, pero todo ello no es más que la confusión domatiana producto de su interpretación incorrecta de los textos romanos.

Naturalmente, ya se tome como *motivo* o *animus donandi*, interesa saber que nos encontramos en un plano psicológico concomitante con la voluntad del declarante, vale decir que esta pretendida causa no es más que el propio consentimiento del contratante o un elemento importante de él.

Revisemos ahora si la causa de Domat se refiere a las obligaciones o al contrato.

3.3. Causa de las Obligaciones o Causa del Contrato

Por otra parte, su teoría alude a la causa de las obligaciones, pero su distinción entre obligación y contrato -*contractus* y *obligatio contracta*- aparece confusa. Por ello causa de la obligación y causa del contrato parecen ideas sinónimas; confusión ésta que produce la novedad de que, para la idea de causa, que hasta entonces se había encontrado en el terreno de las atribuciones patrimoniales como

explicación de un desplazamiento de bienes (de adquisición, de una *datio* o entrega, de una donación, de una *traditio*, etc.), en lo sucesivo quedará situada en la teoría general del contrato.[176]

La doctrina y derecho posteriores a Domat no se liberarían de esta confusión. Se confunde el contrato, como negocio jurídico bilateral creador de la relación obligatoria, con la relación jurídica que deriva o emana de este acto, pero que puede nacer de actos distintos.

A continuación, observaremos cuál es la filosofía y fundamentos del otro padre de la criatura clásica de la causa: Pothier.

4. TEORÍA DE POTHIER (1699-1772)

Autor de "*Traité des Obligacións*" ("Tratado de las Obligaciones", 1761), en la que recoge e interpreta las ideas de Domat, y sustenta que toda obligación (*engagement*) debe tener una causa honesta.

4.1. Postura doctrinal

Veamos la noción de convención, pacto y contrato en boca del propio Pothier[177]: "Un contrato es una especie de convención. Para saber pues, lo que es un contrato, es antes necesario saber lo que es una convención.

Una convención o un pacto (puesto que dichos términos son sinónimos) es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo. La especie de convención que tiene por objeto formar algún compromiso, es lo que se llama *contrato*."

176 PUIG BRUTAU, sf, p. 126.

177 POTHIER, 1993, p. 12.

De esta manera la convención ya no es diferente al pacto, sino que son enteramente iguales, producto de la evolución espiritual de los acuerdos desde la Roma ritualística hasta ese siglo, y también se asume que el contrato es una forma de convención encaminada a producir algún compromiso, de donde se colige que las convenciones o pactos que no concurran a ese fin genético no serán, *contrario sensu*, contratos *strictu sensu.*

Posteriormente Pothier (1993) habla de los vicios del consentimiento, en los que incluye el defecto de causa en el contrato, así en su obra manifiesta:

> 'Todo comprpmiso ha de tener una causa honesta. En los contratos *interesados*, la causa del compromiso que contrata una de las partes, está en lo que la otra parte le dé, o se comprometa a darle, o en el riesgo de que se encargue. En los contratos de *beneficencia*, la liberalidad que una de las partes quiere ejercer para con la otra es una causa suficiente del compromiso a que se compromete para con ella. (pp. 32-33).

Y luego comenta diversos casos de falta de causa, falsa causa y causa ilícita que los veremos en su oportunidad.

Obviamente que Pothier es más técnico y sistemático que su antecesor Domat por cuanto propone sólo dos tipos contractuales: contratos onerosos y gratuitos, con su particular causa. Veamos:

a) Contratos a Título Oneroso

La novedad de este tratadista orleanés consiste en aumentar el concepto de causa en torno a la obligación, así en los contratos interesados, la causa de la obligación contraída por una parte es, no sólo lo que la otra parte le dé, sino también lo que se obligue a darle o incluso el riesgo que acepta correr.

La causa de Pothier para los contratos interesados es la misma causa que Domat asume *en sentido propio*, mas Pothier no toma a la causa como un elemento de formación del contrato.

Sea cual fuere la causa en este tipo contractual, ésta no será sino una manifestación del objeto o prestación del contrato, siendo inútil toda referencia a la teoría de la causa en la solución de problemas prácticos.

b) Contratos a Título Gratuito

Asimismo, en los contratos de beneficencia, ubica la causa con toda claridad en la liberalidad que una parte quiere hacer en favor de la otra. Esta liberalidad constituye la causa de los contratos desinteresados, la misma que no alude a los motivos razonables o justos de Domat, limitándose a considerar el espíritu de liberalidad como *cause suffisante*. Este *animus donandi* caracterizador del propio contrato puede -según vimos con Domat- identificarse fácilmente con el consentimiento o voluntad de donar.

4.2. Diferencias con Domat

Recordemos que en la concepción causal de Pothier, con respecto a los contratos interesados y no interesados, se añade el contenido de causa para los primeros y se identifica la causa con el espíritu de liberalidad en el segundo caso, por lo que este autor no habla de la causa como un elemento de formación de los contratos, ya que se refiere a los defectos de causa como vicios del consentimiento.

De otra parte, tanto Domat como Pothier creen que la voluntad o el consentimiento de las partes genera las obligaciones, sin embargo, el segundo es más consecuente con este aserto doctrinal puesto que "sus dos amplísimas y perfectamente comprensivas categorías de las promesas interesadas y desinteresadas terminan por anular la '*causa*' como requisito *objetivo* que deba *añadirse* al puro

consentimiento, a la voluntad de obligarse jurídicamente. En efecto, el espíritu interesado y el desinteresado comprenden toda posible pomesa y no queda, como requisito, más que el puro consentimiento (efectivo, de obligarse jurídicamente). Pothier no se limita, como Domat, a proclamar en términos generales el principio del nudo consentimiento. Es consecuente con él..."[178]

Nos encontramos, por ende, ante una noción de causa en contratos onerosos o gratuitos que reenvían su mismidad a la teoría del consentimiento, de modo que la causa en los contratos interesados -por ejemplo mutuo u obligaciones análogas consistentes en una restitución o correspondencia de una prestación recibida- la teoría de la causa se confunde con la del *consentimiento.*[179]

Por otro lado, si para Domat la obligación de cada una de las partes es el fundamento o causa de la obligación del otro, para Pothier la causa del compromiso que contrae una de las partes, está en lo que la otra parte le da o se compromete a darle (encontrándose presente la idea del juego de las prestaciones) o en el riesgo que asuma. Con esto parece que Pothier, dentro de los contratos onerosos, aludía a la subdistinción de contratos conmutativos y contratos aleatorios. Pero no se piense que con ello la idea del objeto reemplazante de la causa deje de rondar el espectro causal, sino que aparece más sistematizado y congruente pero no escapa a esta identificación.

Asimismo, la clasificación de Domat basada en 'la tríada contractual (contratos sinalagmáticos, reales y gratuitos), desaparece para dar paso a dos elementos caracterizadores: onerosidad y gratuidad. Así mismo, los contratos reales desaparecen de la tipificación, y su causa se determinará de acuerdo a su carácter oneroso o gratuito. La clasificación de Pothier, por lo demás, aparece

178 GORLA, 1959, pp, 82-83.

179 GIORGI, 1929, p. 470.

más lógica que la de Domat[180], sin embargo, más allá de su logicidad íntimamente se registran las mismas taras que vician la concepción clásica, vale decir su rígido sistema clasificatorio, un escaso sentido de flexibilidad, la causa asumida desde una postura legal y estereotipada, la abstracción que invade el fenómeno causal que hace buscar reglas únicas aplicables a toda realidad, etc.

4.3. Sobre la Causa Genética de las Obligaciones

En cuanto a las observaciones que se puedan dirigir a la teoría de Pothier, es preciso anotar que existen elementos novedosos con respecto a la postura domatiana, que definen su especial singularidad. Pothier equipara las ideas de causa de la obligación y de fuente de la obligación en el supuesto de hecho constitutivo, al cual el ordenamiento jurídico liga el nacimiento de la relación obligatoria; esto lo comprobamos al estudiar la causa de la obligación considerada como causa genética radicada en el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito, la equidad y la ley.[181]

Distingue entre causa de la obligación y causa del contrato[182], afirmando: "Es de esencia en las obligaciones: 1º, que exista una causa de donde nazca la obligación... Las causas de las obligaciones son los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y algunas veces la ley o la simple equidad... Nosotros trataremos: 1º De los contratos que son la causa más frecuente de donde nacen las obligaciones; 2º, de las otras causas de las obligaciones; 3º, de las personas que contratan entre sí, y 4º, de las cosas que pueden ser objeto del contrato.[183]

180 DIEZ PICAZO, 1983, p. 164.
181 Cfr. DIEZ PICAZO, 1983, pp. 163-164.
182 PUIG BRUTAU, sf, pp. 127-128.
183 DIEZ PICAZO, 1983, pp. 162-163.

Entonces, diferente a Domat que insaculó la causa de la obligación en la causa del contrato, Pothier ve la causa de la obligación no en un elemento adosado al consentimiento, sino en la fuente genética, además de ubicar el defecto de la causa dentro del consentimiento como un vicio de éste.

5. TIPOS CONTRACTUALES

Una vez que hemos revisado los planteamientos de Domat y Pothier, veamos ahora la clásica tríada conceptiva que puede esbozarse, siguiendo un *procedimiento apriorístico y arbitrario*[184], a partir de los tipos contractuales antes examinados someramente, en el sentido siguiente:

a. Contratos Sinalagmáticos

En este tipo de contratos la obligación de cada parte es la causa de la obligación de la otra. De modo que el compromiso del uno es el fundamento del compromiso del otro: las obligaciones correspondientes se sirven de contrapeso y de réplica.

Estamos frente a un concepto cargado de complementariedad obligacional, respondiendo a patrones racionalistas que muy bien pueden ser reemplazados por la concepción de la misma naturaleza de otros instrumentos contractuales.

En la *venta, permuta y arrendamiento de servicios*, el vendedor, permutante o arrendador se han obligado a entregar una cosa o pagar un servicio porque el comprador, permutante o arrendatario han contraído, en su caso, las obligaciones de pagar un precio, dar otra cosa o prestar el servicio.

184 OSPINA Y OSPINA, 1980, pp. 269 y ss.

Por su lado Marty, sin adentrarse en consideraciones anticausalistas, insacula una noción muy interesante dentro de los parámetros exigidos por la teoría clásica: observa que la obligación de cada parte tiene por causa el objeto de la obligación de la otra parte, como por ejemplo en la venta, la obligación del vendedor tiene como causa el precio y la obligación del comprador tiene como causa la cosa.[185]

Es decir, ya no es la obligación de pagar el precio -o la consideración abstracta de éste- por parte del comprador lo que anima a realizar la transacción al vendedor, sino el precio mismo; y tampoco es la obligación de entregar la cosa por parte del vendedor lo que impulsa al comprador a efectuar la operación, sino la cosa misma. Esta interpretación es consecuencia lógica de la aplicación de la concepción clásica al plano de la realidad, por cuanto los contratantes no se interesan en vincular a la otra parte mediante su obligación, sino que están motivados a adquirir el objeto en sí, llámese precio o cosa según el ángulo de observación.

Algunos autores consideran -exceptuando a Parodi[186] con opinión en contra, como lo revisamos anteriormente en el capítulo correspondiente a la Edad Media, tenor que suscribimos totalmente- que entre las consecuencias importantes que trae este tipo negocial podemos citar *la exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido) que autoriza a una de las partes a no ejecutar su prestación mientras la otra no cumpla la suya, por ausencia o falta de causa; y *la acción resolutoria tácita*, por la cual si una de las partes no ha cumplido su obligación, la otra puede pedir la resolución del contrato, porque su obligación carece de causa, cual es, la ejecución

185 MARTY, 1952, 1952, p. 89.

186 Cfr. PARODI, 1955, p. 892.

de la obligación de la contraparte[187], como el caso del contratante que cumple su obligación mientras el otro no, pudiendo recurrir a la acción resolutoria tácita mas no a la *exceptio*. Y por último tenemos *la teoría de los riesgos*, donde si una de las partes, como consecuencia de un suceso totalmente extraño a su voluntad, de un acontecimiento de fuerza mayor, se ve reducida a la imposibilidad absoluta de realizar la prestación que convino, la otra, a su vez, puede dejar de cumplir la suya, porque la obligación quedaría sin causa.

Como observamos, estos ejemplos nos notifican meridianamente que las conclusiones observables no son simples ramas desgajadas del tronco único del sinalagma causal sino de la estructura interna y propia de las categorías contractuales, de modo que aún con teoría o sin ella llegamos a los mismos resultados. En el capítulo referido a la causa en la Edad Media, concluimos que estas categorías (*exceptio*, *pacto comisorio*, etc.), no son fruto de la teoría de la causa clásica, sino que ésta es consecuencia errada de aquellas herramientas.

Examinemos ahora el dogma de la causa en los contratos unilaterales.

b. Contratos Unilaterales

Esta idea se extiende a convenciones en las que una sola de las partes aparece obligada, como el caso del préstamo (*contratos reales*), porque la obligación del prestatario ha sido precedida, como antecedente indispensable, de la entrega hecha por el prestamista, sin la cual el contrato no habría podido surgir. Es decir, la causa de la obligación del deudor se halla en la entrega previa hecha por el acreedor (el contrato se formaliza *re* por una tradición que sirve de causa al compromiso del deudor). La prestación es efectuada a título de depósito, prenda o mutuo.

187 Cfr. SOMARRIVA, 1955, p. 397.

En este tipo de contratos la tradición que actúa como causa de la obligación del deudor de devolver la cosa recibida, cumple la misión trascendente de no ser sólo el objeto de la obligación -por tratarse de la prestación- sino también de comportarse como causa fuente y no como causa final.

c. Contratos a Título Gratuito

En cuanto a los contratos a *título gratuito*, liberalidades o donaciones, donde sólo una de las partes hace o da algo, el mero hecho de aceptar da vida a lo convenido.[188]

En la donación, a falta de contraprestación, la causa viene a ser la voluntad de no recibir una contraprestación, se trata de una voluntad desligada -según esta teoría- del proceso psicológico del cual ella es el resultado. "La teoría clásica quiere *ignorar la voluntad real* en la hipótesis misma en que parece necesario hacer su análisis: debe respetarse el secreto del fuero interno."[189] En las liberalidades la causa se confunde, si seguimos a Domat al pie de la letra, con algún motivo justo y razonable o el espíritu de liberalidad, y de acuerdo a Pothier, con el *animus donandi* o intención de donar. Claro está que si bien causa final y voluntad encuentran un punto de coincidencia, tampoco es menos cierto que el involucramiento doctrinal con el consentimiento o la motivación no será sino *quid* del neocausalismo y de la jurisprudencia francesa posterior a la dación del Código de 1804, como lo estudiaremos en sucesivos capítulos.

En los contratos gratuitos, la intención de hacer una liberalidad o prestar un servicio constituye la causa de la donación, mandato, fianza, promesa de préstamo, etc.[190] Domat considera que la causa

188 DIEZ PICAZO y GULLÓN, 1984, pp. 65-66.

189 RIPERT Y BOULANGER, sf, p. 187.

190 BONNECASE, 1945, pp. 247-248.

no se halla específicamente en el *animus donandi* sino en un *motivo justo* y *razonable*. Pothier es el que posteriormente equipara contundentemente la causa con la intención de liberalidad: "En los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere ejercer respecto a la otra es causa suficiente del compromiso que contrae con ella"[191], siendo por ello la causa el *animus donandi*. Para Portalis, de la misma forma, la causa de la obligación del bienhechor en los contratos de beneficencia, es la beneficencia misma.

Lo anterior, ante los ojos de un atento observador, constituye una tautología, en la medida en que el bienhechor dona porque quiere donar, o tiene simplemente la intención de donar: es la voluntad de hacer algo por el simple y nudo motivo de querer hacerlo.

Haciendo un breve paréntesis para estudiar lo que respecta a la donación con cargas, Josserand cree encontrar una doble causa al considerarlo como acto a título gratuito y operación sinalagmática a su vez, por cuanto el donador se mueve por un *espíritu de liberalidad* y quiere obtener que la carga fuera ejecutada, de no ser así podría demandar y obtener revocación de la liberalidad.[192] Sea como fuere la configuración de este modelo contractual, ese espíritu de liberalidad que reclama Josserand es signo inveterado de cuanto hasta aquí se tiene dicho, en el sentido de que la causa es aneja a la motivación, situación harto negatoria de la doctrina clásica que buscaba separar por todos los medios la causa de los motivos, cayendo en un maniqueísmo en el que se borra con una mano lo que se intenta escribir con la otra.

Como demostración del aserto que venimos sosteniendo, reproducimos un párrafo de la obra "Leyes Civiles" de Domat, París

191 JOSSERAND, 1950, p. 95.

192 JOSSERAND, 1950, pp. 95-96.

libro 1, título 1, sección 5ª, 1869 a 1877, núm. 13, inserto en la obra de Ospina (1980), que *ad literam* menciona:

> ...Puede ocurrir por último, que sólo sea una de las partes la que da o hace, sin contraprestación Alguna, cual sucede en el desempeño gratuito de los negocios ajenos o en las donaciones por pura liberalidad... Aun en aquellas convenciones en que una sola de las partes parece obligada, como sucede en el préstamo, la obligación del prestatario ha sido precedida, como antecedente necesario, de la entrega hecha por el prestamista, sin la cual el contrato no habría podido surgir. La obligación, pues, que en tal clase de convenciones nace en provecho de una de las partes, encuentra siempre su causa con respecto a la otra, toda vez que (sic) de no haber existido aquella, la obligación sería nula... En las donaciones y en aquellos otros contratos en que sólo una de las partes hace o da algo, el mero hecho de aceptar da vida a lo convenido, haciendo que la obligación del donante encuentre su fundamento adecuado en cualquier motivo razonable y justo, como lo sería la prestación de algún servicio, un mérito cualquiera del donatario o sencillamente, en el deseo de realizar el bien. Tal motivo sirve de causa para aquél que recibe y no da nada. (p. 271).

De esta forma no se puede falsear el pensamiento de Domat que considera la causa de los contratos gratuitos (donaciones) identificada con algún motivo razonable y justo (a partir del cual se podría haber abierto la puerta a la investigación judicial de los móviles determinantes), y no exclusivamente en el *animus donandi* o espíritu de liberalidad abstractamente considerado, como erróneamente se ha pretendido interpretar, siendo Pothier el responsable y adalid de

esta concepción: Lo que ocurre es que primigeniamente se pensó que en los actos de liberalidad se estaba refiriendo al móvil de los canonistas, pero Pothier cortó de raíz aquella posibilidad.

Por otro lado, más adelante Domat (1861a) en su libro (p. 306), dentro del título sobre las donaciones, expone su pensamiento al respecto de éstas acotando algunas alteraciones, así Parodi (1955) lo expresa: Es preciso diferenciar bien en las donaciones los motivos que los donantes manifiestan como verdaderas causas de su liberalidad de las condiciones a que las someten. Porque anulando la falta de condición, la donación condicional subsiste, sin embargo, a pesar de que los motivos expresados no sean verdaderos. Así, por ejemplo, si en una donación se dice que tiene lugar por servicios prestados, o para facilitar al donatario una adquisición que ésta quería hacer, no se anulará la donación si no existen servicios recibidos o la adquisición no se ha realizado. Porque permanece siempre la voluntad del donante y ha podido tener otros motivos que los manifestados. (P. 881).

Estamos frente a enunciados contradictorios y oscuros. Por un lado, Domat dice que la causa de los actos jurídicos a título gratuito está constituida por motivos razonables y justos, y por otro lado menciona que aunque los motivos no se cumplan, la donación subsiste porque permanece la voluntad de donar o de gratificar. Entonces la inquisitiva es enteramente apropiada: ¿dónde radica la causa fin de los contratos a título gratuito, en los motivos justos y razonables o en el *ánimus donandi* o voluntad de donar?

Se quiere expresar que cuando los motivos manifestados son la causa de las operaciones gratuitas, no hay ningún problema; éste surgiría cuando al no cumplirse los motivos que actúan como condiciones, la donación deba seguir teniendo aplicabilidad, pero como ya perdió el sustento radicado en los motivos condicionales

incumplidos, entonces emerge la voluntad de donar fundamentada en motivos que no han sido manifestados pero que de todas formas le sirven de causa, ¿no son acaso esos motivos no manifestados que se asumen como causa' de estos contratos, el pábulo de la misma voluntad de donar?

Por su parte, Capitant[193] afirma que Domat se está refiriendo al *animus donandi* como causa fin en las liberalidades, atribuyendo un texto romano (citado por Domat en el título de las donaciones) que pertenece a Juliano quien considera: "sólo la voluntad de gratificar y no a ninguna otra causa, obedece la donación."

De esta manera vamos completando nuestro mapa doctrinal en torno a las donaciones, teniendo claro entonces que por un lado Domat se refiere a la motivación -motivo justo y razonable- y por otro a un espíritu de liberalidad que Capitant apoda de *animus donandi* que no es sino la voluntad misma de donar: de una u otra forma se basa en la voluntad como factor causal de este tipo contractual, lo que induce a concluir la falta de autonomía de la teoría de la causa en este rubro.

A modo de acotación, preciso es señalar que ninguna corriente, llámese objetivista o subjetivista, ha tenido éxito en el tratamiento de las liberalidades, y esto no demuestra sino que estas doctrinas no son totalmente coherentes e íntegras, ya que para que un concepto sea verdadero no debe fracasar en ningún aspecto, y en este aspecto de las liberalidades fracasa rotundamente.

6. LA CAUSA FIN EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Los compiladores del Código Napoleón siguieron las huellas de Pothier, quien a su vez siguió las de Domat, por las que consideraron

193 MARTY, 1952, p. 881.

que la causa debía ser un elemento nuevo e independiente en la validez de los contratos, sin embargo "si las disposiciones sobre la *causa* se encuentran en el Código civil; si la *causa* -aclara Giorgi[194]- se considera como un requisito de los contratos distinto e independiente del consentimiento y del objeto, débese únicamente al habitual instinto de los compiladores del Código Napoleón de caminar sobre las huellas de Pothier, sin darse cuenta adecuada del método que seguía este escritor. En efecto; el tratadista orleanés, al tratar en el capítulo I de lo referente a la esencia de las obligaciones contractuales, expresa en el art. 3º los diferentes vicios de los contratos, y entre éstos recuerda, en el § 62, la falta de causa, añadiendo que es nula la obligación contractual cuando le falta una causa verdadera y honesta. ¿Qué hicieron los compiladores del Código Napoleón? Olvidaron que Pothier consideraba los vicios de causa como defectos de consentimiento, y no sabiendo cómo coordinar las disposiciones relativas a la *causa* con las ya dictadas, crearon con la *causa* un cuarto requisito esencial de los contratos.

Pero si hubieran visto que la figura jurídica del contrato ya estaba completa con los primeros tres requisitos... la ciencia no puede ocultar que la *causa* es un requisito superfluo e inconcebible de los contratos. Ni debe ocultar que, al darle una existencia jurídica independiente de los demás requisitos, los legisladores... han creado el cuarto lado del triángulo."

Este cuarto lado del triángulo como elemento super-erogatorio puede ser reenviado a otros elementos del contrato tales como el objeto o el consentimiento, cuyas teorías comprenden holgadamente todo lo que podría decirse sobre la *causa obligandi.*[195]

194 GIORGI, 1929. p. 470.

195 GIORGI (1929).

Es decir, son los comentadores y redactores del Código Napoleón quienes tergiversaron las Nociones de Pothier y su correcta interpretación haciendo todo un engendro que concluyó en lo que hoy conocemos como la teoría clásica, la misma que, sumadas a las imprecisiones de Domat, regalaron al mundo jurídico uno de los más grandes inventos que han sumido a la doctrina jurídica clásica y moderna en un estado de perplejidad frente a este *místico* elemento.

Por su parte, Parodi manifiesta que ni aún los redactores del Código se refieren, según se desprende de la lectura de los artículos 1108 y 1131 a 1133, a la teoría de la causa fin: "La realización de los valores jurídicos en la redacción del Código Civil francés fue vigilada por el propio Napoleón, quien a cada rato preguntaba a sus redactores: ¿Es justo? ¿Es útil? ¿es lícito? ¿es práctico?, cuando le presentaban las disposiciones del proyecto. Tampoco surge de las palabras de sus redactores que las disposiciones de los artículos 1108, 1131 a 1133 se refieren a la causa fin."[196]

Esto es obvio, si bien los redactores distorsionaron los planteamientos de Domat y Pothier, no puede entresacarse de los términos de los artículos redactados ninguna alusión a la teoría de la causa fin, creación de los comentadores del Código.

En contraste con los canonistas que buscaron la causa de la obligación en la voluntad del que se obligaba, Domat pretende descubrir la causa en los datos objetivos del contrato[197], por eso se afirma que su doctrina constituye en cierta forma un retroceso en la evolución de la concepción espiritual que la causa engolfaba hasta ese entonces.

196 PARODI, 1955, p. 893.

197 RIPERT y BOULANGER, sf, p. 185.

Por lo tanto la causa de los compromisos amanece como un concepto preñado de una carga eminentemente objetiva encontrándose en los elementos materiales del contrato. Concretamente nos referimos al objeto o a la prestación que se promete, porque suministrada ésta, se convierte en una contraprestación, ante cuya falta la obligación carece de causa. También podrá verse la causa en el consentimiento del que se obliga para los actos gratuitos, o en la causa eficiente para los negocios unilaterales.

De esta manera la causa es entendida dentro de una plantilla objetiva tanto en Domat como en Pothier. Como vimos anteriormente, para Domat la causa radica en el contracrédito o la *res* entregada o en el motivo razonable y justo o en la voluntad de donar; mientras que para Pothier, la causa de la obligación de una parte, en los contratos onerosos, se encuentra en lo que la otra parte le dé, o se comprometa a entregarle o en el riesgo asumido, y en los contratos desinteresados la causa es el espíritu de liberalidad. La concepción de Domat es menos consecuente con la formulación de la convención como resultado del consentimiento, no así Pothier quien ubica el defecto de causa como un vicio del consentimiento (para el primero, la causa será un requisito de formación de los contratos, no así para Pothier quien adosa este requisito objetivo al puro consentimiento). Estos autores jamás quisieron decir que la causa sea un requisito del contrato ya que se refirieron a las obligaciones, y en el caso de

Pothier, dicho elemento quedaba subsumido en la teoría del consentimiento.

Como vemos, tanto la teoría de Domat como la de Pothier, con sus características propias y la sustancialidad que confirma en muchos aspectos su identidad, desembocan en un ingrediente objetivo de la obligación y no subjetivo (salvo para los contratos gratuitos). Sin embargo, otros autores creen encontrar en estos dos

autores una perspectiva subjetiva por cuanto ven a la causa como el motivo abstracto, completamente *desligado de la personalidad de la parte contratante* que va a contraer una obligación como consecuencia de la celebración del contrato. No se trata pues de un motivo concreto o variable de sujeto a sujeto, sino del motivo jurídico que se extrae abstractamente de la naturaleza del contrato.[198] 'Otros autores calculan que la causa así concebida es simplemente "la *promesa* de la ejecución de la prestación. La causa está todavía en el campo subjetivo."[199]

Sin embargo, hemos visto que esto no Es así, que ni Domat ni Pothier hablaron de motivos[200], ni se refirieron a la promesa de ejeución.[201] No obstante ello, tanto el uno como el otro pretendieron separar la causa del simple motivo, por lo que su concepción es básicamente objetiva. La causa, como lo dice Taboada, se encuentra desligada de la personalidad del contratante.

Huelga decir que la doctrina clásica iniciada con Domat y Pothier en los extremos finiseculares dieciochescos, toma mayor relevancia a partir de su presencia en los entresijos del Código Civil Francés, donde los comentadores consideran la causa como finalidad inmediata y directa que se propone el que se obliga, finalidad que es igual para todos los que celebran un mismo contrato con igual carácter en él, así por ejemplo tenemos que para el comprador la causa constituye la adquisición de la cosa y para el vendedor, la obtención del precio.

198 TABOADA, 1996, p. 111 (el subrayado es nuestro.)

199 MARTY, 1952, 1952, p. 881.

200 En Domat encontramos un tratamiento ambiguo para el caso de los contratos a título gratuito, en los que la causa es el motivo justo y razonable, o también el simple *animus donandi*.

201 Salvo Pothier para uno de los casos de causa de la obligación en contratos interesados u onerosos en los que una de las partes promete entregar una cosa a la otra parte, pero esta promesa tiene un basamento objetivo bastante marcado.

A finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, la causa como construcción doctrinal se enquista en el Código Civil Francés gracias al influjo de Domat y Pothier, convirtiéndose por ende en elemento normativo. Consecuente con la predecesora doctrina clásica que le informa, el Código Napoleónico de 1804 trata de la causa de los contratos y no de las obligaciones. Sin embargo, como lo estudiamos anteriormente, esta figura es una novedad en la doctrina civil puesto que el tratamiento corresponde a las obligaciones y a la causa de cada parte, tanto en contratos sinalagmáticos, como unilaterales y gratuitos.

De esta manera la causa se convierte en una finalidad constante y abstracta, no corriéndose el riesgo de incurrir en inseguridades intolerables y encontrándose, además, en el campo contractual como elemento del contrato necesario para su validez[202], fuera de los elementos –comunes como el consentimiento, capacidad y objeto. La existencia de cada obligación requiere su causa final, tanto en contratos a título oneroso (contraprestación, *res*), como a título gratuito (intención liberal).

Veamos a continuación de qué trata cada artículo del citado Código, en lo referente a la causa-fin:

> **Artículo 1108**:[203] Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención:
>
> 1. Consentimiento.
>
> 2. Capacidad para obligarse.

202 PLANIOL y RIPERT, 1946. pp. 352 y ss.

203 Artículo 1108: Quatre conditions sont essentielles pour la validite d' une convention: Le consentement de la partie quis s'obligue; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matiére de l'engagement: une cause licite dans l'obligalion."

> 3. Objeto cierto que constituye la materia de la obligación.
> 4. Causa lícita de la obligación.
>
> **Artículo 1131**:[204] La obligación sin causa o con causa falsa o ilícita, no puede surtir efecto alguno.
>
> **Artículo 1132**: La obligación no será menos válida cuando su causa no se exprese.
>
> **Artículo 1133**: La causa es ilícita cuando lo prohibe la ley, o cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Por lo visto no se define lo que se entiende o debe entenderse por causa, dejando esta tarea a la doctrina y la jurisprudencia; asimismo tampoco se aprecia una normativización de las clasificadoras tipificaciones tanto de Domat como de Pothier.

Por otro lado, aparece clarísima la confusión entre causa del contrato y causa de la obligación, por cuanto la causa se presenta como requisito de validez de las convenciones, concretándose en una "causa ilícita de la obligación."

Ahora bien, si la causa de Domat y Pothier es una causa objetiva, son los compiladores y redactores del Code Napoleón quienes distorsionan el planteamiento primigenio de estos autores (como lo vimos anteriormente) y hacen de la causa del contrato un elemento subjetivo, como se comprueba de la Exposición de Motivos del Código Francés de 1804: "Bigot de Préameneu, en la reunión del 7 pluvioso del año 12, -según Parodi (1955, p. 882)- manifiesta que 'no hay obligación sin causa; ella se funda en el interés recíproco de las

204 Artículo 1131: L'obligation sans cause, ou sus une fausse cause, ou sus une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

partes o en la beneficencia de alguna de ellas[205]; porque no se haya expresado la causa no debemos creer que la obligación carece de ella; así, cuando por un billete declara que una persona debe, reconoce por ello una causa legítima de deuda aunque esto no se enuncie. Mas la causa que el acto expresa o hace presunción, puede no existir o ser falsa; y si este hecho se probare por los medios que la ley autoriza, no permite la equidad que la obligación subsista. Debe ser proscripta la obligación contraída contra la prohibición de la ley o que sea opuesta a las buenas costumbres o al orden público."

Entonces serán los redactores quienes se encargarán de hacer de la causa un requisito de los contratos añadido al consentimiento, contrario al parecer de sus fundadores. En virtud de ello, empezará a ser vista la causa desde una visión psicológica y subjetiva cuando se la concibe como un interés para las partes, según Bigot-Préameneu y Portalis, así como el motivo que lleva a una parte a contratar, según Melin, Toullier y Delvincourt. Ahora la causa se encuentra referida a la persona del contratante, es decir, en un plano subjetivo. En ello coincidieron con el planteamiento subjetivo de Domat y Pothier aludido a los contratos gratuitos, pero no a los onerosos.

Entonces esta causa en sus relaciones con la voluntad viene a enquistarse como objeto de la representación mental que ha determinado el consentimiento, obteniéndose un dato psicológico lo más abstracto posible: La causa se presenta como la consideración de la contraprestación procurada por el contrato.[206] Es el hecho que explica y justifica la creación, por la voluntad de las partes, de

205 En la traducción del libro de Dabin, (Madrid, 1929, p. 57) se lee: "No hay -dice Bigot de Préameneu en la *Exposición de motivos*- obligación sin causa, encontrándose ésta, bien en el interés recíproco de las partes, bien en la liberalidad de una de ellas", que en realidad no discrepa mucho de lo acotado en el texto aludido.

206 RIPERT, sf, pp. 186-187.

una obligación. Es la respuesta a la pregunta: *Cur debeturi*?[207] O *cur promissit*? (¿por qué se ha obligado el deudor?) De donde podemos colegir tanto la subjetividad como la abstracción de la causa final clásica, confluyendo ambas en su consideración psicológica, como elemento caracterizador de su ínsita naturaleza.

La causa viene a constituir un elemento enteramente adosado al contrato, yuxtapuesto a los elementos clásicos de la convención como el consentimiento sano, el objeto lícito y la capacidad legal. Aunque examinando con claridad el terreno sobre el que nos desenvolvemos, este requisito no viene a formar parte de todos los actos jurídicos en general sino sólo de algunos contratos.[208]

De la misma forma, Portalis en la *Exposición de Motivos*, también aludió a una causa entendida desde un plano subjetivo. Dabín refiere al respecto: "Un pasaje de Portalis, tomado de la *Exposición de motivos* del título relativo a la *Venta*, permite darse una idea más acabada de la concepción legal: 'Habéis proclamado la máxima de que ninguna obligación puede existir sin causa; más aún; de que ninguna obligación puede existir sin una causa razonable y proporcionada. ¿Cuál debe ser, por tanto, el sentido y aplicación de esta máxima?

Distingamos entre contratos a título gratuito y contratos onerosos. Para la validez de unos y otros es indispensable, desde luego, la existencia de causa, ya que su necesidad se aplica, en general, a todas las obligaciones y a todos los contratos.

Por lo que se refiere a los contratos a título gratuito o de beneficencia, su causa se halla en el sentimiento que los engendra, ya que no se ha querido privar a los hombres del grato intercambio de bondades; todo lo más cabría en ellos examinar si su causa es o no

207 ARTEAGA Y ARTEAGA, 1979, p. 32.

208 OSPINA FERNANDEZ Y OSPINA ACOSTA, 1980, pp. 267 y ss.

contraria a las buenas costumbres; si es o no lícita. Pero nunca podrá alegarse la inexistencia de causa, porque ésta va implícita siempre en la liberalidad misma.

En los contratos onerosos, por el contrario, la causa se halla, según los jurisconsultos, en el interés o ventaja obtenidos, que vienen a constituir el motivo y como la razón de aquel compromiso. Por eso resulta preciso averiguar si esa ventaja es real o imaginaria, y, además, si es proporcionada; es decir, si existe un razonable equilibrio entre lo que se da y lo que se recibe. En un contrato de venta, por ejemplo, la causa de la obligación del vendedor consiste en cambiar un cosa cualquiera por dinero, así como para el comprador se halla en el cambio de su dinero por aquella cosa que necesita y cuya propiedad se le transmite.

Este contrato ha sido incluido entre los conmutativos, entendiéndose por tales aquellos por los que se entrega una cosa para recibir su equivalente; de donde se deduce el principio de que no existirá venta propiamente dicha sin la estipulación previa de un precio y sin que éste corresponda al valor de la cosa. Si existiese lesión, esto es, desequilibrio entre el valor intrínseco de la cosa y el precio, el contrato carecería de causa, o por lo menos, de una causa razonable y suficiente con relación a la parte de que se trate."[209]

Entonces, si para Portalis la causa consiste en "*el interés* o *ventaja*, *que viene* a *ser como el motivo* o *razón de existencia de una obligación*", interés que, por ejemplo "en un contrato de venta, para el vendedor constituirá causa de su obligación el cambiar una cosa por dinero, así como para el comprador, el cambio de su dinero por aquella cosa que le es transmitida", "de este modo dice Dabín- lo que forma el interés de una de las partes representa también el de la otra: el cambio será,

209 DABÍN, 1929, pp. 57-58, (el resaltado es nuestro).

pues, lo que resulta, en definitiva, causa obligacional para vendedor y comprador... Tal forma explicativa es de un infantilismo enorme, pues sostener que la causa de las obligaciones será, para cada una de las partes, el cambio, equivale a afirmar, en definitiva, el carácter sinalagmático del contrato.[210]

Con esta noción subjetiva de causa entendida como interés o consideración de la obligación, se llega al mismo resultado falso que si se dirige la atención al camino instaurado por Domat y Pothier desde su perspectiva objetiva; es decir, ambas lecturas -subjetiva y objetiva- resultan hueras y vacías de contenido, aunque este extremo se comprenderá mejor en el capítulo referido al anticausalismo.

De otra parte, esta corriente *subjetiva* es compartida poco después de su formulación legal, por un nutrido número de autores, así nos ilustra Dabín: "Mas si, jurídicamente, la teoría de la causa es inútil e inexacta, considerándola desde un punto de vista especial se nos presenta con una apariencia de vedad que explica la fortuna sorprendente de que ha venido gozando.

Ya hemos dicho que después de Domat y Pothier autores y prácticos trataron de fórmular una definición *general* de la causa, que fuese aplicable a toda clase de obligaciones. Adoptando uno de los sentidos habituales de la palabra -exclusión hecha del sentido de causa *eficiente*, por constituirla el mismo contrato -definieron ésta como el *motivo*, el *móvil* de la obligación.

Una idea tan sencilla como ésta, erigida en base del sistema, explica por sí sola el éxito obtenido, pues pareció tan razonable a todos, que no hubo de suscitar contradicción Alguna, siendo admitida sin desconfianza y sin previo y detenido examen.

210 DABÍN, 1929, p. 60.

Las divergencias surgieron en la fase siguiente, cuando fue preciso determinar el carácter particular de este *motivo.* Los primeros comentadores del Código definieron la causa como 'el motivo que en el contrato determina a una parte a obligarse o a prometer" (Delvincourt..., Merlin..., Larombiere...). Encontrando esta fórmula insuficiente, Aubry y Rau han dicho: 'la causa es el motivo jurídicamente suficiente', que determinó a obligarse al autor de la promesa. Según Colmet de Santere y Demolombe, la causa sería más bien 'el fin directo, inmediato y ostensible que nos proponemos conseguir al obligarnos'. De otra parte, Gauly propopone la siguiente definición: 'la causa es aquel hecho o aquella cualidad del acreedor que hace inteligible el acto por el cual se obliga el deudor'. Por último Colin, en la tesis citada..., da la *noción* siguiente: 'la causa de la obligación es una idea que en el pensamiento del deudor ha precedido, si no cronológica, por lo menos lógicamente, a su voluntad de obligarse'."[211]

De esta forma, queda claro que la interpretación *subjetiva* de la doctrina clásica de la causa que se inaugura a partir de los redactores y comentadores del Code Napoleón, si bien minoritaria pero nutrida, que ve la causa fin en el motivo o interés del agente en la consideración de la contraprestación contraria, arranca negando una noción de Domat y Pothier que nunca pensaron en el *móvil* como causa de las obligaciones. Al respecto Dabín señala: "Al desencadenarse las críticas contra la teoría de la causa, sus últimos mantenedores han pretendido acentuar aún más esta orientación *subjetiva.* Con un sentimiento de defensa, que respondía al propio tiempo a una exigencia de orden lógico, introdujeron en la definición de cada especie de causa aquel elemento subjetivo que ya suponía de por sí la definición general. Dubreuil expone con bastante claridad

211 DABÍN, 1929, p. 71.

este sistema: 'Sea cual fuere el contrato con ocasión del que se defina la causa, ésta consiste siempre -dice- en el móvil esencial a que obedeciera el contratante'. Pero después de haberla definido de una vez para todos los casos, es de notar que en los ejemplos particulares donde se puntualiza el concepto, y olvidando que se trata de una noción intencional, se insiste en su carácter objetivo, diciendo que en el contrato sinalagmático la causa de la obligación es la *contraprestación* debida; en el contato real, lo es la *entrega de la cosa.* Y cuando la teoría se pronuncia con escrúpulos y emplea todas las reservas necesarias, sostiene que 'en el contrato sinalagmático la causa la constituye la *consideración* de la obligación correspondiente, así como en los reales consiste en la *consideración* de la cosa recibida.'

Dubreuil se jacta de justificar así la teoría de la causa frente a aquellos reproches de ilogismo y falsedad que se le dirigen: si la causa es un móvil, 'este móvil se adelanta necesariamente en cierto modo al nacimiento material de la obligación contraria'.

Desde un punto de vista histórico es preciso notar que semejante interpretación está en pugna con la concepción *objetiva* de Domat. Ahora ya no es la causa *objetiva* vista en los contratos sinalagmáticos la que va a dar la orientación a todo el sistema, sino que asume tal función la causa *subjetiva* de las liberalidades. De modo que la teoría de la causa, que en materia de donaciones resulta exclusivamente creada para satisfacer la pretendida necesidad de ese elemento, vendría a encontrar un valor independiente, o, por lo menos, serviría de apoyo y justificación a la nueva concepción subjetiva.

Para algunos autores, Domat y Pothier, sin embargo, jamás vieron en la causa un *móvil*, ni siquiera en las liberalidades: 'el motivo que debe en ellas hacer, las veces de causa' no es un móvil, por ejemplo, el propio agradecimiento, sino que se trata siempre de un servicio prestado con antelación, y que puede considerarse como

la contraprestación de la liberalidad. La intención de liberalidad 'suficiente para fundamentar la obligación', sólo sirve, pues, para encubrir la ausencia de causa en este caso."[212]

De esta manera, podemos comprender con meridiana claridad cómo es que se fue enraizando y tomando cuerpo una noción *subjetiva* que vio en la causa objetiva creada por Domat y Pothier, otra causa de carácter subjetivo que se la confundía con el motivo abstracto. Sin embargo, es menester aclarar que esta visión subjetiva de la causa clásica toma bajo análisis la consideración de la obligación de la contraparte, distinguiéndola del simple móvil que permanece oculto y que es irrelevante para el derecho. Será el neocausalismo el que reivindicará el rol del móvil determinante en el plano contractual.

Por ahora bástenos decir que esta interpretación subjetiva de la causa de Domat y Pothier, que reposa en el motivo del agente, es absorbida por el consentimiento y no tiene una categoría propia: "Si procedemos ahora al análisis de la noción *subjetiva* de la causa, veremos cómo el motivo queda absorbido por el consentimiento... Lo cierto es que el motivo no completa el consentimiento, que habría de consistir en la sola voluntad de obligarse. La distinción carece, pues, de toda base psicológica y jurídica... La voluntad de obligarse no existe sino su correlativa la de adquirir: el contrato no nace, el acuerdo de voluntades no se perfecciona, sino cuando las partes consienten en no fraccionar la operación y en tenerla por indivisible. Un desdoblamiento de la voluntad estaría, precisamente, en pugna con sus propias intenciones.

Si referimos esto a las liberalidades, la voluntad de no adquirir, de no recibir equivalente alguno, será el propósito que tiene de obligarse solo. Esta voluntad no es susceptible tampoco de desdoblamiento

212 DABÍN, 1929, pp. 72-73.

(voluntad de obligarse; voluntad de obligarse solo); pues lo que aquí aparece es únicamente un desdoblamiento en la formas al considerar una misma realidad desde dos puntos de vista diferentes."[213]

De allí queda por remarcar que -y esto lo veremos en profundidad en el capítulo reservado para el anticausalismo- ya sea que se asuma la causa objetiva de los padres del causalismo clásico como el estudio de una interpretación *subjetiva* basada en el motivo abstracto, se llega a la conclusión de que no se sale de la órbita del consentimiento, con lo cual esta lectura de la causa clásica nada añadiría en defensa de una postura huera, repetitiva e infantil, según palabras del propio Dabín estampadas *ut supra*, quien además añade: "Por lo tanto, todo intento en este particular, aun cuando triunfara, resultaría siempre ineficaz, porque la concepción subjetiva está condenada fatalmente a seguir la suerte de la antigua."[214] Es decir, la causa clásica, por más interpretaciones objetivas o subjetivas o metajurídicas que se le pueda atribuir, siempre correrá la suerte de la primigenia postura que marca el sino del futuro recorrido de cualquier futura elucidación. Es pues, de esta tiranía de la que debemos libramos, sea cual fuere su color: "Mas es tal la tiranía ejercida por la teoría de la causa, que siempre se desea aparentar que se la respeta, aun, cuando se la vulnere y destruya; y de aquí se originan todos esos equívocos y contorsiones que serían divertidos de no llevar consigo desatrosas consecuencias..."[215]

La causa se encuentra así en un plano eminentemente psicológico[216] al atribuirla a elementos como el motivo, el interés o situaciones referidas a la persona del contratante. De modo que la

213 DABÍN, 1929, pp. 73-74.
214 DABÍN, 1929, p. 74.
215 DABÍN, 1929, p. 211.
216 Cfr. PARODI, 1955, pp. 882 y ss.

voluntad o consentimiento y el motivo como uno de los elementos de la misma adquiere autonomía propia -véase por ejemplo el texto del artículo 1108, a guisa de ejemplo-, donde el problema consiste en que la eficacia de la obligación quedaría supeditada a la contingencia y versatilidad del plano psicológico.

Ante esta situación, y bajo esta línea de pensamiento, los autores tratan de desvincular la causa del elemento psicológico y llevarlo al campo objetivo, eliminando la dependencia con la voluntad. Esta tendencia se observa, aunque de modo ambiguo e imperfecto, en Aubry y Rau, quienes expresaban como causa de la obligación de los contratos:

1) **A título oneroso:** al motivo jurídicamente suficiente que lo determinó a obligarse (estamos aún en el plano subjetivo), contradiciéndose cuando afirman como causa de la obligación en los contratos conmutativos o aleatorios, para cada parte, la prestación prometida por la otra, convirtiéndose la causa en el objeto de las obligaciones.
2) **A título gratuito:** la intención de ejercer un acto de liberalidad o de prestar un servicio, extremo en el que mantiene en cierta forma la tradición subjetiva emprendida.

Por su parte, para Larombiere, Bufnoir, Domolombe, Duranton, Domogue, la causa de la obligación de una parte es el objeto de la obligación de la otra. Como prueba está que al aplicar las sanciones correspondientes a las obligaciones sin causa o con causa ilícita, se descubre que se trata de obligaciones sin objeto o con objeto prohibido por la ley.

Para ordenar nuestras ideas en este plano doctrinal vemos que la doctrina de Domat y Pothier es objetiva, pero los redactores del Code Napoleón la interpretan subjetivamente, para que posteriormente los seguidores de la misma no escatimen esfuerzos en ampliar esta

subjetividad hasta que al darse cuenta de su versatilidad dirigen su mirilla nuevamente a la objetividad, salvo en el extremo de las liberalidades donde siempre se mantuvo la línea subjetiva, ya sea a 'través de la vía del móvil justo y razonable o del *ánimus donandi* abstracto. Nos encontramos en un *ping pong* interpretativo. La causa nace objetiva con Domat y Pothier, la interpretan subjetivamente, y luego se la objetiviza quedando esta postura para la ejecución jurisprudencial.

Ante este *mare magnum* de criterios, Oudot ideó la fórmula de sus famosas interrogantes, conocidas como la cuestión de Oudot:

1) Para saber cuál es la causa se pregunta por qué es debida la prestación:
   ¿Cur debetur?
2) Para saber cuál es el objeto, se pregunta en qué consiste la prestación, ya sea de dar, de hacer o de no hacer; *¿quid debetur*?

Esta construcción de marcada raigambre objetivista también se viene abajo al tratar de estudiar la causa de las liberalidades y asimilarla, subsiguientemente, a la intención o *animus donandi.*

Particularmente pensamos que, pese a que algunos autores proyecten la causa en elementos subjetivos como el motivo fuera de los trebejos correspondientes a las liberalidades, es que podría aparejarse coincidencia, la teoría clásica es una doctrina profundamente objetivista si nos ponemos a analizar la serie de conceptos que conforman la médula de cada especie contractual como contratos sinalagmáticos o reales; entiéndase la contraprestación o contrapartida o el objeto entregado con prelación a la obligación subsecuente. Creemos, además, que más allá de tenues chispazos subjetivos, Domat y Pothier sientan las bases de una teoría clásica objetiva desde un principio, y así es como tiene que estudiarse la

misma, con los reparos inveterados a los contratos gratuitos. Es el neocausalismo el encargado de introducir posteriormente conceptos motivacionales para todos los tipos convencionales.

Según nuestro punto de vista, las doctrinas subjetivistas nacen con posterioridad, en respuesta al anticausalismo, y que, si bien es cierto, tomamos en cuenta el encaminamiento motivacional de Domat a las liberalidades (perdida de vista en su conjunto y asumida en la forma de voluntad de gratificar), es mucho después donde los motivos determinantes cobran real encarnadura, apoyándose en el peso de la jurisprudencia y en el vuelco que da toda la teoría en función de la realidad jurídica.

7. CONCEPTO DE CAUSA FIN

La teoría clásica de la causa es una creación de Domat, Pothier, sus seguidores, los redactores del Código y los comentaristas del mismo. Como vimos anteriormente, de las palabras de los artículos 1108 y 1131-1133 no se puede extraer nada que aluda a una teoría de la causa fin. Serán los apóstoles de Domat y Pothier quienes se encargarán de sistematizar, tergiversar y construir este engendro jurídico.

Según esta teoría se pretende partir del hecho de que como todo acto humano tiene una finalidad, causa, explicación, motivo o razón de ser, también el contrato posee una razón jurídica, que justifica su existencia; de donde la causa no viene a ser sino la razón determinante del contrato.

Entonces vendría a ser la razón esencial que determina a obligarse a los contratantes, por ser el fin más inmediato que se proponen conseguir con su obligación. Es la razón jurídica, abstracta, racional y genérica, que la ley presume según la naturaleza jurídica de cada clase de contrato, por lo tanto viene a ser un concepto único e invariable

del sistema de cada tipo contractual del que surgen obligaciones. La causa final es la *causa civilis obligandi*.[217] Para Demolombe[218] la causa final viene a ser el fin inmediato que se propone alcanzar la parte que se obliga (es el porqué o *cur promisit*).

Esta causa final de marcado acento objetivo y legalista, no representa sino una justificación del contrato basada en aspectos objetivos o voluntaristas, que hacen que su autonomía sea discutida y objetada.

8. CARÁCTERISTICAS DE LA CAUSA CLÁSICA

Revisemos ahora el siguiente hatajo de ideas que nos ayuden a aclarar el panorama conceptual a través de las siguientes características en torno a la causa clásica:[219]

1. La causa no es del contrato sino de la obligación, pero como contrato y obligación son dos conceptos que no aparecen claros, la causa aparece insaculada en el contrato y por ende en la teoría del mismo; es más el Código Francés alude como requisito de las convenciones a la causa de las obligaciones.
2. Se encuentra en relación inmediata y directa con la obligación, constituyendo su causa próxima. No olvidemos que la obligación de una parte es considerada como la causa de la obligación de la otra.
3. Forma parte integrante del contrato, es uno de los elementos constitutivos, la causa clásica es causa intrínseca y específica. De esta forma se la ha negado a identificar

217 LAVALLE ZAGO, 1991, pp. 142-143.

218 BONNECASE, 1945, pp. 247-248.

219 JOSSERAND, 1950, p. 96.

con el objeto de la obligación de la otra parte, en clara demostración de su superfluidad.

4. La causa es siempre la misma para un tipo de contrato determinado. Nada tiene de individual, es específica, con valor orgánico, idéntico a sí mismo para una categoría jurídica determinada, de esta manera se tendrá tres conceptos diferentes de causa clásica en torno a tres distintos tipos contractuales.

   De tal modo aparece la causa como la razón directa, inmediata, abstracta, próxima y legal de las obligaciones, siempre la misma para una categoría determinada de contratos.

5. El contrato cuya obligación no tenga causa, carece de eficacia, ha nacido muerto, como acto sin objeto, inexistente[220]; sin embargo, esto es materia de probanza. El Código Civil francés diría que la causa se presume aunque no se manifieste, lo que constituye un grave peligro por cuanto de esta manera ningún contrato resultaría ilícito ya que todas las causa estarían amparadas legalmente, máxime cuando el código mismo las presume existentes.

Consecuencia importante de Domat será el énfasis al principio de interdependencia de prestaciones y el de reciprocidad de obligaciones respectivas y por ende de prestaciones, que ya existían en el ámbito contractual como lo podemos comprobar de la lectura de los capítulos referidos a la causa en Roma y en la Edad Media.

220 En cuanto a que los actos sin causa son tan inexistentes como los que carecen de objeto, es importante recalcar la vieja diferencia entre inexistencia y nulidad absoluta: el primer concepto da la idea de una operación que nunca ve la luz porque sencillamente no posee los suficientes elementos que configuren un nacimiento sano: en cambio la nulidad absoluta nos arrima el pensamiento de un acto que si bien ha nacido adolece de vicios insalvables que repercuten en su validez y existencia, y por ende en su eficacia.

9. CAUSA FIN VS. MOTIVO

Antes de ingresar a este apasionante tema es necesario desbrozar el embarazo que pudiera surgir a partir de la identificación de la causa eficiente con la causa jurídica o final. En tal sentido cabe señalar que la causa fuente es el hecho que da nacimiento a las obligaciones: la causa genética de cualquier obligación contractual es el contrato que la genera, diferente al fin perseguido por las partes que se obligan.

Lo que le preocupa a la teoría clásica es dejar bien delimitado el campo de la causa jurídica, final, o fin, del terreno de la causa impulsiva, móvil o motivo sin relevancia para el derecho (a menos que sea incorporado en el contrato en la forma de condición[221], se dirá desde cierto ángulo doctrinal). La técnica jurídica concentra su percepción en las llamadas causas jurídicas y desprecia conscientemente los motivos (*causa causarum*).

Por otro lado la concepción clásica niega al juez, dentro del interés de la seguridad de los contratos, que se cerciore de la licitud y de la moralidad de los móviles, siendo su posición aprobada por juristas, fisiócratas y libereales interesados en el desenvolvimiento del comercio:[222] El juez no se ocupa de los simples motivos que varían con la personalidad y situación de los contratantes. Esta ignorancia de la motivación personal viene exigida por los dictámenes de la realidad que demandaba mayor énfasis a la celeridad de la estructura económica en torno.

De esta forma la teoría clásica de la causa se desvive en separar la causa, como expresión objetiva de un elemento material del contrato, de los motivos como simples representaciones volitivas del ser; siendo los principales rasgos distintivos los siguientes:

---

221 Cfr. MARIN PÉREZ, 1983, pp. 176 y ss., también en idéntico sentido TORRES VÁSQUEZ, 1992, p. 31.

222 MAZEAUD, 1960, p. 295.

a) La causa es la justificación que la economía del contrato da de la creación de la obligación. La causa jurídica o final (causa próxima) es el fin o razón directa e inmediata -fin intrínseco- que persigue el deudor al obligarse, *fin que resulta impuesto por la naturaleza del contrato* y siempre es idéntico en contratos del mismo tipo: es la razón jurídica de orden legal (establecida por la ley) invariable e inmodificable por las partes. La causa es la razón jurídica que se ve, común a ambas partes y que el otro contratante conoce por el solo hecho de celebrar el contrato de que se trate.

En cambio la causa impulsiva o causa remota, representada por los móviles o motivos individuales y concretos que las partes tienen al contratar y que por ende viven fuera de él, en la mente de aquéllas variando hasta lo infinito según las personas y circunstancias, no forma parte integrante del contrato por cuanto el motivo es la razón individual y contingente[223], es el móvil personal de cada individuo, pudiendo ser diferentes aun en contratos de la misma naturaleza: es extrínseco al contrato.

El motivo es la causa impulsiva, ocasional, razón mediata, personal, ordinariamente reservada, o razón remota, interna, no conocida por la otra parte, que no se ve, razón íntima o psicológica que induce a realizar el acto jurídico (como vender algo por requerir dinero), que determina a cada contratante a obligarse, y varía hasta el infinito siendo distinto en cada contrato.[224]

Esta distinción aparece "*artificiosa*, *forzada e ilógica*"[225] obedeciendo a consideraciones políticas determinadas por

223 ARTEGA Y ARTEAGA, 1979, p. 32.

224 ALESSANDRI RODRIGUEZ, 1936, p. 111.

225 OSPINA Y OSPINA, 1980 pp. 268-269.

el racionalismo en boga que separa la moral del derecho, éste reconducido al fuero externo y aquélla al interno de los móviles o motivos. La causa clásica es un esfuerzo denodado por separar lo objetivo de lo subjetivo, lo extemo de lo intemo, lo visible de lo invisible; en este laberinto mental se incurrirá en más de un extravío e inconsecuencia que no refleja más que lo endeble de una estructura que no responde a la realidad y que viene adosado artificialmente a cánones abstractos y estereotipados de viejo cuño dieciochesco.

O para decirlo en palabras de Cifuentes, refiriéndose a la doctrina clásica de la causa: "Esta concepción omnicomprensiva, cerrada y suficiente en sí misma, que trabajó postulados de la pura razón abstracta, apartó de sus lineamientos a los fines individuales y concretos que pudieran, caso por caso, llevar a las partes a celebrar el acuerdo de voluntades."[226]

No obstante, no pensemos que, adelantando opinión de nuestro ulterior tratamiento, el posterior remedio subjetivo-motivacional diseñado por la jurisprudencia para la secular enfermedad de ataraxia objetivo-legalista de la postura clásica, pueda acaso constituir el elemento supremo del esfuerzo finalista y el remedio a todos los males jurídicos en torno a la causa, más adelante veremos las razones que impulsan a moderar el entusiasmo voluntarista *per se* dentro de los esquemas de los *essentiala negotii.*

b) La causa es la razón inmediata, directa y esencial del contrato que no depende de la voluntad de las partes, sino que viene incrustado en el tramado contractual por obra y gracia de la ley. De su lado, el motivo será la razón remota, mediata e indirecta, que puede o no ocurrir, sin que por ello deje de existir el contrato,

226 CIFUENTES, 1986, pp. 185-186.

dependiendo de la voluntad de los contratantes por las razones personales de quien contrata.

c) Si la causa es lícita, aunque sea ilícito el móvil, el contrato será válido, como el caso del contrato de arrendamiento de una casa para instalar un centro de prostitución. Los motivos expresados en el contrato no se elevan a la categoría de causa, el único efecto que produce la expresión de los motivos en el contrato es la determinación de la época y forma en que las partes deben cumlir sus obligaciones.[227]

d) La causa viene a ser un elemento esencial del contenido del negocio jurídico con una existencia objetiva, pero también podría considerársele bajo un aspecto subjetivo, en cuanto constituye un objetivo práctico que, caracterizando el negocio, sea querido por el que realiza el negocio mismo, aspecto que no tendría importancia porque el que realiza un acto jurídico lo hace persiguiendo un fin práctico que caracteriza el acto y que siempre será el mismo. Y aunque subjetivamente existiera una causa de la declaración de voluntad (fin práctico), si no estuviera protegido por el derecho o le fuera contrario, su existencia subjetiva, no acompañada de la objetiva, a nada conduciría.[228]

e) La causa tiene existencia objetiva, mientras que los motivos preceden a fa declaración de voluntad, pudiendo ser ora representaciones psíquicas de hechos ya realizados (causa impulsiva), o de hechos que están por venir en que el negocio es un simple medio (*scopi*, *fini*), con un claro valor subjetivo

227 Cfr. ALESSANDRI, 1936. pp. 50 y ss. De otra parte, se despierta nuestra curiosidad al considerar el arrastre e importancia que el motivo pueda tener dentro del andamiaje negocial. Es cierto que los motivos son postizos, pero algún sector de la doctrina cree atisbar presencia contractual de los motivos cuando aparecen a modo de condiciones (Cfr. MARIN PEREZ, 1983, pp. 176 y ss, y TORRES VASQUEZ, 1992, p. 31. entre otros.)

228 COVIELLO, 1938, pp. 446-447.

e interno, inapreciable para el derecho, a menos que forme parte del contenido de la declaración de voluntad, a modo de condición.

f) La causa es distinta de los motivos, aún cuando subjetivamente se le quiera tratar como *motivo impulsivo último* o *próximo* de la determinación de la voluntad o como *motivo final primero e inmediato* del negocio jurídico, porque sería siempre un motivo fijo, constante, independiente de las circunstancias de hecho que preceden o deberían seguir al negocio, entonces constituiría un móvil netamente diferente de los que son pura y llanamente motivos (representaciones psíquicas individuales): "Aun subjetivamente considerada, la causa no es otra cosa que el intento práctico que caracteriza el negocio, y en cuanto está protegido por el derecho, le da la vida y la eficacia jurídica."[229]

   Pero no olvidemos que la causa final clásica, como lo sostuviera Domat, viene impuesta por la fuerza de la naturaleza del tipo contractual, de modo que la validez y eficacia del contrato no sería consecuencia del factor causal sino de la naturaleza aludida, de donde se deriva suplementaria e innecesariamente la finalidad, la misma que puede ser vista en otros elementos contractuales como el objeto o el consentimiento.

g) La razón jurídica de contratar se encuentra en las prestaciones típicas de cada especie, completadas, variadas, aumentadas o restringidas por las cláusulas que le dan fisonomía individual a cada convenio, sin alterar su mismidad. En cambio la razón personal es el móvil para proceder. Por ejemplo, compramos porque nos venden y vendemos porque nos compran, dice Cabanellas[230], estando allí la causa jurídica, pero compramos o

229 COVIELLO, 1938, p. 447.

230 CABANELLAS, 1979. pp. 111-112.

vendemos por una necesidad, conveniencia o capricho, por una razón personal y he ahí la causa impulsiva.

h) La causa es un elemento material, objetivo, es un valor económico que penetrando en un patrimonio de otro, aparece como la base de una justicia objetiva, fundando la obligación del que se enriquece. El consentimiento, por su parte, es un elemento psicológico, manifestación de voluntad del que se obliga, apareciendo como la base de una justicia subjetiva.

Así, la causa se concibe como una necesidad incluida en la prestación que la caracteriza y le da consistencia económica, siendo autonómica e independiente de los demás elementos de la relación obligatoria: es el emolumento cuantitativo; mientras que el motivo es traducción de impresiones cualitativas.

La causa es extraña al querer y existe independiente de éste, como dato objetivo, diferente del motivo que es una apreciación subjetiva: "Como quiera que la fuerza motriz de la causa deriva del desplazamiento del valor que enriquece un patrimonio y decrece o disminuye otro, no hay duda que es un elemento objetivo; yerran todas aquellas legislaciones que encuentran en la causa un dato subjetivo."[231]

10. REQUISITOS DE LA CAUSA

A. Que sea Verdadera

Según la teoría clásica, es menester que la causa exista verdadera y efectivamente para que haya un interés jurídico que induzca a las partes a contratar, es decir, que no sea supuesta, aparente o figurada. Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, la obligación del arrendador es la de proporcionar el goce de la cosa, pero si la cosa

231 VALVERDE Y VALVERDE, 1935, p. 263.

se extingue cesa su obligación y la obligación del arrendatario se extingue por carecer de causa.[232]

Esta carácterística de la causa es tautológica, puesto que el Código Civil Francés presume *iuris tantum* que todo contrato posee una causa lícita salvo prueba en contrario, de modo que la afirmación en contra debe ser esgrimida por el justiciable que opine lo contrario, bajo el principio del "*actore incumbit probatio.*" Asimismo en el ejemplo propuesto en el parágrafo antecedente podemos observar la poca relevancia que cobra el factor causal ante la significación del objeto del contrato, el que, ante su ausencia genera la extinción del mismo, sin necesidad de ningún dato referente a cualquier consideración finalista: antes que se extinga el contrato por ausencia de causa, deja de existir por ausencia de objeto o de consentimiento.

B. Que sea Lícita

La teoría clásica predica que la causa no debe estar prohibida por las leyes, o ser contraria a las buenas costumbres o al orden público.

La sanción ante la falta de causa o causa ilícita es la nulidad absoluta: las partes se restituyen lo otorgado volviendo al estado pre-contractual. La causa ilícita vicia el consentimiento y anula la obligación pactada, dando lugar a la repetición de lo entregado o pactado, derecho que sólo disíruta la parte contratante que no fuera culpable de la torpeza o injusticia de la causa,[233] como bien lo predica el principio "*nemo auditur propiam turpitudinem allegans.*"

En este extremo también es necesario referirse al Código Napoleónico cuando presume la licitud de las convenciones salvo prueba en contra.

232 Cfr. ALESSANDRI, 1936. pp. 54-55.

233 MOUTON Y OCAMPO, 1910, p. 396.

C. Que sea Necesaria

Consecuencia importante de los principios anteriores, la falta de causa en los contratos produce inutilidad de las obligaciones contractuales por viciar el consentimiento. Así en contratos con obligaciones recíprocas, cuando una de ellas deja de cumplir su obligación, releva de la recíproca obligación a la otra, deja sin causa el contrato y, por consiguiente, se convierte en imposible.[234]

Desde nuestra perspectiva la necesariedad de la causa, representada en el caso anterior en la reciprocidad contractual, más que a la causa misma, alude a la naturaleza propia de la convención en tratamiento, o a la obligación materia de los contratos, cuando no a la presencia de la prestación como objeto de la obligación o del contrato, según se vea.[235]

11. UTILIDAD DE LA TEORÍA DE LA CAUSA-FIN

Dentro de las utilidades que los autores otean de esta teoría, encontramos:

1. La causa-fin cumple una función tipificadora de las convenciones a través de una finalidad genérica, la que se estima como fundamental para la calificación del contrato (función calificadora o instrumental de la causa). Entonces, cuando la ley tipifica un contrato en realidad lo estaría haciendo a través de su causa genérica.

   Esta función tipificadora de la causa no es de mucha utilidad dada su limitación intrínseca, por cuanto ante cada calificación habría que atenerse al sistema clasificatorio dado, vale decir ya sea el trinómico (contratos sinalagmáticos, reales y gratuitos) o

234 Cfr. MOUTON Y OCAMPO, 1910, p. 396.

235 Sobre la prestación como objeto de la obligación o del contrato remitimos la prolija atención del lector al capítulo referido al objeto, inserto en este mismo trabajo.

el binómico (onerosos y gratuitos, que es otra forma de decir lo mismo), escapando muchas convenciones a esas camisas de fuerza.

2. En el caso de un contrato atípico, éste existirá si un negocio no "encaja" en ningún tipo legal por su finalidad genérica, esta causa-fin distingue una figura de las otras, legisladas o no.[236]

   De la misma manera, esta presunta utilidad desciende como correlato de la anterior: una variopinta cantidad de operaciones permanecería excluida so pretexto de no adecuarse al reducido tamiz clásico.

12. APLICACIONES PRÁCTICAS

Revisemos ahora las principales aplicaciones prácticas de la causa fin:

A) Ausencia o Falta de Causa

Legislativamente hablando toda obligación ha de tener una causa real y lícita cuya existencia es admitida por la presunción *iuris tantum* del Código Napoleón, a menos que se desbarate a través de la prueba en contrario. Cabe añadir que el artículo 1132 del C.C. dice: "La obligación no será menos válida cuando su causa no se exprese" (presunción de existencia de causa), queriendo significar que no es necesario que se exprese la causa en el contrato para saber que ésta existe y le da validez al mismo.

Sin embargo, esta presunción es de carácter probatorio, procesal y no substancial, por cuanto quien alegue la inexistencia de la causa deberá probarlo (dentro del *onus probandi* nos guiamos por el "*actore incumbit probatio*", en este caso le correspondería al deudor aquella prueba que por lo demás puede resultar un tanto complicada por

236 GASTALDI, sf, pp. 221-222.

ser una prueba negativa: tener que probar que la causa no existe. No obstante, existen algunos mecanismos para no convertir en imposible esta tarea, como por ejemplo la prueba de la inexistencia de la causa a través de la del objeto, lo que constituye una corroboración más de la inaptitud de la causa, dentro de estas lides adjetivas y sustantivas.

Para la doctrina clásica, parece difícil de imaginar una convención sin causa, a menos que se trate de un acto de un loco, pero se reputa su existencia cuando, *verbi gratia*, la cosa prometida no existe o deja de existir al momento de contraer la obligación, vale decir que el compromiso de una parte desprovisto de objeto genera que el compromiso de la otra parte esté desprovisto de causa, como el seguro sobre un riesgo inexistente o el compromiso asumido con ánimo de remediar una situación que no existe.

Por su lado Giorgi[237] explica que, para la teoría causalista, existe un contrato sin causa cuando ésta no ha existido nunca o cuando ha dejado de existir, o cuando siendo relativo a lo futuro no se haya verificado: la que ha dejado de existir o que no se ha verificado, teniendo importancia especial en contratos sobre cosa futura en todo o en parte (*quoties causa respicit tempos futurum.*)

Por lo pronto, podemos predicar que la inexistencia de causa se fundamenta en la ausencia de objeto, por cuanto fácilmente entrevemos que el elemento determinante y configurador de la nulidad absoluta es este último, la conclusión comentada es demasiado pueril: La obligación sin causa es inexistente porque falta el objeto de la obligación de la otra parte; suficiente con un elemento -el objeto- para no tener que dirigir nuestra atención hacia el otro la causa-.

237 GIORGI, 1929, p. 464.

No obstante, para los apóstoles clásicos de Domat y Pothier, la causa es *condición de validez y* no de existencia de los contratos, aparejando su ausencia nulidad absoluta. Por ejemplo, tenemos el caso de ausencia de la cosa vendida en una compraventa, ello acarreará que esta operación fuese absolutamente nula porque no pudiendo ser cumplida la obligación del vendedor de hacer tradición de la cosa, la obligación de pagar el precio que contrae el comprador, carecería de causa. De la misma forma, en los contratos reales, la falta de entrega del bien o inejecución de la prestación primitiva, engendraría que la obligación de la otra parte no poseyera causa suficiente. Lo mismo pasaría con respecto a los contratos gratuitos donde existirá ausencia de causa en el supuesto de que el deudor no desee procurar un beneficio al acreedor, o cuando no exista intención liberal o *animus donandi.*

En estos ejemplos, habría que estudiar cada tipo de contratos por separado, así por ejemplo, de tratarse de los contratos sinalagmáticos bastaría con examinar el problema de ausencia de la cosa desde la teoría del objeto, sin necesidad de recurrir a la causa. Para los contratos unilaterales, la simple ausencia de entrega del bien está enfrascada en la teoría del objeto, revisando además, la estructura de la causa fuente, y finalmente podemos echar mano de la teoría del consentimiento para explicar la ausencia del *animus donandi* sin verla como una estructura independiente de la voluntad, caso contrario presenciaríamos cómo se produciría el ridículo caso en el que una persona dona un objeto sin tener el ánimo de donar.

Naturalmente que ésta es una postura dentro de la dogmática jurídico civil puesto que anteriormente vimos que ni Domat ni Pothier pensaban considerar la causa-fin como un elemento esencial de las convenciones, es la doctrina posterior y la concepción codiguera de la Francia decimonónica la que nos trae esta novedad. Pothier, por su lado, sostiene que dentro de los *vicios de los contratos* se encuentra

la falta de causa, añadiendo que es nula la obligación contractual cuando le falta una causa verdadera y honesta.[238]

Ahora bien, premunidos de todos estos elementos doctrinarios, analicemos brevemente cómo se presentan los casos de causa ausente en la práctica:[239]

a) En la primera hipótesis se plantea un caso de falta de causa a consecuencia de violencia o de un chantaje en el que alguien suscribe un documento reconociendo un préstamo que no se le ha hecho. Este suceso se resuelve fácilmente mediante la teoría de los vicios del consentimiento a través de la doctrina de la violencia y el dolo, sin embargo, se menciona que ello sería impráctico porque la nulidad por vicio de consentimiento es relativa, y la acción sólo compete a la víctima, prescribiendo la acción en un plazo breve, mientras que si útilizásemos la teoría de la ausencia de causa, la acción tendría un plazo de prescripción mayor por tratarse de una nulidad absoluta, pudiendo cualquier interesado invocarla.

   Como podrá observar el lector, la adopción de la teoría de la causa ausente para resolver este caso, obedece a conceptos ventrales, leguleyos, tinterillescos y abogadiles. No obedecen a criterios técnicos que respondan a la naturaleza de las convenciones o a la estructura de los contratos, simplemente se estaría echando a andar mecanismos impulsados por la práctica forense.

b) Un segundo caso es el de las firmas por complacencia. Primus, comerciante, necesita dinero y le pide a Secundus; éste, a pesar de no deberle nada, le firma un pagaré a su favor que lleva a un banco, quien se lo descuenta mediante endoso y el documento

238 GIORGI, 1929. p. 470.

239 Cfr. GAUDEMET, 1984. pp. 139-141.

comienza a circular. Se cree que existe una obligación sin causa, tal cual una letra de cambio.

Nada más ajeno a la verdad. Como lo veremos en el rubro destinado a los actos abstractos, existen en los contratos cartulares dos relaciones: una subyacente que es la relación principal y la otra relación abstracta. Ello significa que se abstrae de la causa fuente, que para estos efectos es la relación personal primigenia, generando que la teoría de la causa fin sea totalmente inútil e ineficiente. No podemos confundir la ausencia de causa fin que provoca la nulidad absoluta -sólo en teoría- de la abstracción de la causa *fuente* que no reporta ninguna nulidad, ya que se trata de actos distintos.

Lo que ocurre es que nos estamos acostumbrando a ver la causa fin y su teoría en cualquier palabra que tenga estas cinco letras de **c a u s a**. No siempre que se habla de causa es para referirse a la teoría de la causa, ocurre que estamos infectados de *causitis*, por medio de la cual queremos validar la ineficiente teoría de la causa en cuanta institución o ejemplo pueda venir a la practicidad. Gorla lo expresa contundentemente:[240] "Pero la confusión o la ampliación del concepto de 'causa' como fin de la atribución patrimonial, no se ha detenido aquí. Ha continuado hasta llegar a englobar, como inspirados por una única *ratio*, los problemas de la impugnación del contrato por error, de la garantía por vicios redhibitorios o defecto de las cualidades normales de la cosa, de la resolución por incumplimiento y de la *exceptio non adimpleti contractus*, queriéndose ver en todos estos casos la no realización del fin previsto por el contratante. También se han acumulado los problemas del acto abstracto y del acto forma." Huelga mayor comentario a la *causitis aguditis.*

240 GORLA, 1959,, pp. 322-323.

c) En el incidente de la promesa de venta de la prestación de una cosa futura que no llega a realizarse, como la venta de una próxima cosecha que se pierde, se piensa que la obligación del comprador carecería de causa. Sin embargo, como lo sostiene sabiamente Gorla (1959): "la no realizacion de tal fin es 'solamente un accidente del acto, lo mismo que el error; y no puede decirse que la exigencia de que no exista error o de que el fin se realice constituya una limitación al principio del pacto nudo." (p. 325).

Por otra parte, podemos resolver este caso desde las secciones del contrato aleatorio y por ende una referencia más técnica al objeto y no a la causa fin.

Como podemos observar, la causa ausente, falta de causa o causa inexistente no prodiga ninguna utilidad práctica. Sólo es un paraje para ejercitar los músculos mentales y enredar la madeja causal ya de por sí complicada.

B) Causa Falsa

Los expositores clásicos se vieron en apuros para encontrar ejemplos de la causa falsa porque es casi imposible que un contrato sinalagmático produzca obligaciones falsas, o que se dé una entrega falsa en un contrato real, o un falso espíritu de liberalidad en un contrato gratuito. Sin embargo, se ha tratado de crear ejemplos para justificar las elucubraciones teoréticas dentro de la causa falsa, pudiendo encontrar dos especies doctrinarias coetáneas: la causa errónea y la causa simulada.

a) Causa Errónea

Se dice que existe causa errónea o putativa, cuando el convenio tiene por base la creencia en un hecho que en realidad no existe, las partes creen en la existencia de una causa imaginaria, produciéndose error sobre la existencia misma de la causa, siendo un óbice -según esta teoría- para la existencia misma del contrato.

Este error sobre la causa-fin constituye en sí un vicio del consentimiento, y por ende su sanción debería discurrir por la nulidad relativa y no por la absoluta, sin embargo, algunos autores, dentro de este maniqueísmo doctrinal, creen que es la inexistencia de la convención la consecuencia necesaria de la falsa causa vía causa errónea, porque creen que el defecto de causa no constituye un vicio del consentimiento, sino un franco obstáculo para la formación del contrato.

No obstante ello, en el ejemplo propuesto por la doctrina clásica mediante el cual se ha vendido una casa incendiada sin que las partes lo supieran, sería un caso de causa falsa, mientras que para Capitant se trataría de un caso de error substancial.[241]

Tomemos otros ejemplos, elaborados por el propio causalismo, que no tienen nada que ver con su propia teoría:[242] tenemos el caso de la promesa de dar algo en pago de una deuda que se cree existente, pero que realmente no existe; o la promesa del heredero de pagar un legado que el testador ha revocado *for* un codicilo posterior de cuya existencia ignoraba dicho heredero.[243] Son típicos casos de error sobre la existencia de un hecho antecedente que en verdad no existe, vale decir que estamos dentro de los cánones de la teoría del error y no de la causa falsa.

Ahora bien, como quiera que la causa falsa a través de la causa errónea es un caso de error sobre la existencia de un hecho que se juzgaba presente, real y posible, siendo en verdad inexistente e irreal, algún fragmento de la teoría piensa que la causa falsa se confunde con la falta de causa, o en todo caso que la causa errónea está incluida

241 GAUDEMET, 1984, p. 139.
242 OSPINA, 1980, p. 273.
243 JOSSERAND, 1950. p. 98.

en la ausencia de causa, o que la causa putativa sería un caso más de ausencia de causa.[244]

Para Giorgi, comentando la doctrina de la causa fin, la falta de causa se confunde con la falsedad causal por cuanto la expresión de voluntad sobre una causa ausente, es como si realmente estuviera basada en una causa falsa. De igual criterio parece ser Pothier[245] cuando manifiesta: "Mas, cuando un compromiso no tiene causa o, lo que es la misma cosa, cuando la causa por la cual ha sido contratado es una causa falsa, el compromiso es nulo, y el contrato que la contiene es nulo también."

Por su parte Taboada[246] piensa: "la causa errónea, no es solamente un caso más de ausencia de causa..., sino que la misma *constituye el único caso de ausencia de causa, pues sin causa errónea no puede haber ausencia de causa.* La *ausencia de causa* se confunde pues con la *causa falsa* bajo la modalidad de la *causa errónea o putativa.*"

Esta es una consecuencia obvia. Cuando las partes celebran un contrato no saben de la existencia o no del hecho o de la causa que las motiva a obligarse, entonces manifestarán su voluntad sobre la base de un hecho falso porque este hecho no existe en verdad. No

---

244 Sin embargo, cierto sector doctrinario (RIPERT y BOULANGER, sf, pp. 193 y ss.) piensa que por una forma abreviada de lenguaje se identifica el motivo determinante de la voluntad con el elemento material al que está relacionado, así en los contratos sinalagmáticos la causa es la consideración de la contraprestación y, para abreviar, la propia contraprestación. Se cree, además, que en la obligación sin causa (articulo 1131 del Código Napoleón), no es que la voluntad se haya determinado sin motivo. sino que ha sido determinada por la consideración de una prestación ilusoria. En este mismo orden de ideas, estos autores consideran que la falta de causa y la causa falsa son dos análisis diferentes del mismo hecho que es la falta de contraprestación lo que la ley entiende por ausencia de causa es el error en cuanto a la existencia de la contraprestaclón, el contratante ha debido querer obligarse en consideración a una contraprestación que no existe. De esta forma la falta de causa queda asimilada a la falsa causa. y ésta al error sobre la existencia de la contraprestación.

245 POTHIER, 1993, p. 33.

246 TABOADA, 1996, p. 133.

obstante ello, podemos estudiar todos los casos de causa falsa como vicios del consentimiento a través de la teoría del error, sin referimos a la teoría de la causa falsa vía causa errónea o putativa subsumida en la falta de causa.[247]

Si confrontamos la falta de causa con la falsa causa, veremos -al decir de Borda[248], y como lo sostuvimos anteriormente- que ambas hipótesis se confunden. Cuando una persona contrae una obligación en virtud de una determinada causa y luego resulta que ésta no existe, falta la causa; y éste es, precisamente un caso típico de falsa causa. No se puede concebir que falta la causa sin vincular ese hecho con un error, que hizo creer en la existencia de algo que en verdad no existía. Vale decir que la falta de causa se convierte en un problema de causa falsa, por cuanto en el primer caso el agente contractual se obliga pensando que una determinada situación existe y que por ende puede encaminar su declaración de voluntad, pero, sin embargo, ha tenido un conocimiento erróneo del mismo porque es una realidad ilusoria, es una situación falsa, de modo que tanto la causa ausente como la falsa causa desembocan en la teoría del error. Ambas, la causa ausente como la falsa, tienen un común denominador que define su estructura similar, si el objeto no existe y alguien se obliga pensando en su presencia, se produciría una falta de causa, pero también existiría una falsa causa por cuanto se creyó erróneamente en la existencia de un elemento irreal: ambas Nociones reciprocan sus contenidos definicionales.

---

247 Se arriba a igual resultado dentro de la teoría de los móviles determinantes, (OSPINA Y OSPINA, 1980, p. 291) cuando éstos resultan ser erróneos, los agentes consienten bajo error que de haber sido conocido por ellos, el acto no se habría celebrado, como por ejemplo, adolecería de falsa causa la promesa de par una deuda que en realidad no existe, porque el móvil determinante de tal promesa, como es el reconocimiento, novación o prórroga de una obligación inexistente, se funda en la creencia errónea de que esta obligación sí existe.

248 BORDA, sf, p. 86.

La causa falsa[249] es un error que recae sobre la existencia de la cosa. Cuando se refiere al objeto de la contraprestación, el error sobre la causa es un error que recae sobre una cierta cualidad de la cosa[250], como cuando se compra un cuadro que ha sido destruido, la causa resulta falsa; o si se compra como auténtico un falso Corot, existe error sobre una cualidad sustancial, es decir, cuando la consideración de cierta cualidad de la cosa fue el motivo determinante de la voluntad, como comprar un falso Tiziano, reputándolo por verdadero.[251]

De esta manera en el ejemplo propuesto en el cual el heredero que debe entregar un legado basado en la exigencia de un testamento revocado por uno posterior ante su ignorancia total, donde se tenía duda de si debía encajonarse este caso en la ausencia de causa (ya que el testamento, base de la obligación, ya fue revocado y por ende no existiría) o en la falsa causa (porque el heredero creería en la veracidad de un instrumento ya fenecido, y sobre él acciónó), hemos visto que se trata de un caso de error substancial por cuanto se ignoraba la revocación posterior del mandato inicial.

Ahora bien, ya esclarecido el punto acerca del cual la causa falsa vía causa errónea es un caso de ausencia de causa, veamos lo

249 RIPERT y BOULANGER, sf, pp. 195 y ss.

250 Por otra parte, dentro de la teoría del error podemos encontrar diversas variantes como el error sobre la identidad o sobre las cualidades de las personas que constituyen una falsa causa, siempre que dicha identidad o calidades sean móviles determinantes del acto: "su causa principal." La sanción legal es la nulidad relativa (aplicación de la teoría del error *in substantia*, error *in personam*). En esta senda es pertinente manifestarnos en el sentido de repensar la estructura orgánica de la causa, en la vía de definir si es o no un elemento estructural del negocio: si lo es, la nulidad absoluta sería su lógica consecuencia, sin embargo, en la aplicación práctica de la doctrina del error absorbente de la concepción causal-finalista, la nulidad relativa y no la absoluta es la que penaliza estas situaciones por ende harto subsanables, poniendo en tela de juicio la pretendida necesariedad de la causa en la sobredicha estructura del acto. Más adelantes veremos con calma todas las manifestaciones de la teoría del error, en el capítulo correspondiente.

251 ARTEAGA y ARTEAGA CARVAJAL, 1979. p. 34.

que expresó Pothier[252] a este respecto: "Si creyendo lúcidamente deberos 10000 libras, que os habían sido legadas en el testamento de mi padre, pero que habían sido revocadas en un codicilo del que yo no tenía conocimiento, me he comprometido a daros una heredad en pago de dicha suma, ese contrato es nulo, por cuanto que la causa de mi compromiso, que era el saldo de dicha deuda, es una causa que ha resultado falsa; y por eso mismo, una vez acreditada la falsedad de la causa, no sólo no podéis tener acción Alguna para haceros entregar la heredad, sino que, si os la hubiese ya entregado, yo tendría entonces acción para hacérosla devolver y esa acción es la *condictio sine causa*."[253]

Sin ánimo de ser reiterativos, examinemos brevemente la acción a la que se refiere Pothier mediante la cual se proporciona al accionante una poderosa herramienta para reclamar el bien entregado erróneamente: *condictio sine causa.* Este *sine causa*, en Roma era entendido como la cosa no entregada, o en todo caso como la causa genética, por lo que no se hubiera gestado ninguna obligación de haber sabido las partes la verdad de la situación, es decir, la ausencia de este hecho habría generado una reticencia en la contratación.

Por todas estas razones, la causa falsa a través de la causa putativa se convierte en una figura inútil, ya que la teoría del error explica con toda su amplitud estos delicados problemas dentro de un terreno minado que venimos estudiando.

b) Causa Simulada

En este caso, las partes fingen que la obligación tiene una causa distinta de la verdadera, las partes a sabiendas alteran la verdad,

252 DIEZ-PICAZO, 1983, p. 163.

253 POTHIER, 1993, p. 33.

verbi gratia Juan, deudor en juego de Pedro, se declara deudor por préstamo; o cuando se simula una donación como si fuese una venta.

La causa falsa no alude a la simulación absoluta, sólo a la relativa. Naturalmente que la simulación absoluta es pasible de nulidad absoluta[254], en cambio la relativa es válida sólo cuando la causa escondida es verdadera, o no es ilícita o imposible, o si la simulación no se hace para eludir Alguna disposición legal.

En cuanto a la causa simulada, ésta no obsta la eficacia del contrato siempre y cuando no contravenga las leyes y posea una causa verdadera, (en el marco de una simulación relativa ilícita), sucediendo lo contrario cuando el negocio no corresponda a la realidad, como el perder dinero en juego y celebrar un consecuente documento obligándose a pagar la deuda a título de mutuo. La causa simulada anula el negocio si el contrato real es ilícito, como el pagar a alguien una suma de dinero para concretar un delito expresando en el contrato que está en mientes una donación.

Algún sector de la doctrina clásica piensa que la causa simulada no es un caso de causa falsa, con lo cual se desembocaría en la nulidad absoluta del negocio, ya que en la simulación existe una causa verdadera, detrás de la simulada, que es ilícita y real. Pero también otro sector doctrinal piensa que sí se debe incluir la causa simulada dentro de las categorías de la causa falsa, puesto que la causa exterior no existe y sólo encubre un acto real. De esta forma podemos ver claramente dos negocios: uno formal y otro real. El primero es el simulado, el exterior, comúnicado a la sociedad, inventado, que no existe. El segundo es el disimulado, el escondido, el verdadero que

254 La sanción a la simulación absoluta va desde la nulidad absoluta a la inexistencia, según los diversos sistemas; pero para efectos prácticos ambas consecuencias desembocan en la invalidez del acto.

vale si no contraviene el orden público y las buenas costumbres. Por ejemplo, en el caso de una venta que encubre una donación.

Al respecto Taboada[255] manifiesta lo siguiente: "No se puede afirmar, por lo tanto, que la causa aparente sea verdadera, por el sólo (sic) hecho de que la causa oculta sea verdadera, ni afirmar que la causa oculta sea falsa porque lo aparente lo sea... Es por ello, justamente que los tratadistas que sostienen que en la hipótesis de la simulación relativa, la causa falsa es la causa aparente o simulada, admiten la validez del contrato, siempre y cuando exista, con independencia de la causa simulada, una causa de la obligación oculta que sea verdadera y lícita". De esta manera el negocio simulado no será tocado para nada si es que el negocio verdadero no es ilícito o inmoral.

En esta materia de la simulación relativa podemos prescindir de la teoría de la causa falsa, porque en realidad no brinda ningún aporte significativo. La naturaleza de la simulación se fundamenta en la existencia de dos hechos, uno real y otro falso. Asimismo, podemos atisbar la gran influencia que el orden público y las buenas costumbres juegan en la calificación del acto jurídico escondido ilícito, sin necesidad de referirse a ninguna teoría de la causa fin.

C) Causa Ilícita o Inmoral

Hay causa ilícita o inmoral cuando existe una contravención a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, ora por parte de la obligación de una de las partes en los contratos sinalagmáticos, ora por la prestación que sirve para perfeccionar los contratos reales, ora en el espíritu de liberalidad gestante de los negocios gratuitos.

Nuevamente la doctrina se ve en aprietos al tratar de crear ejemplos que validen el aserto de causa ilícita, porque en principio toda causa será presumida existente y lícita mientras no se demuestre

255 TABOADA, 1996 p. 135.

lo contrario, debido al carácter abstracto, permanente, objetivo y legalista de la propia causa clásica. Sin embargo, veamos Algunas manifestaciones:

a) Casos Prácticos

En los contratos sinalagmáticos "como la causa de la obligación de cada una de las partes -refiere Taboada (1996, p. 136)- es la consideración de la obligación asumida por la contraparte; existirá ilicitud en la causa cuando una de aquellas obligaciones tenga un objeto ilícito, esto es, cuando una de las partes se haya comprometido a realizar una prestación contraria a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres." Con ello podemos afirmar que basta que el objeto sea ilícito para que el negocio sea nulo, independientemente de toda alusión a la teoría de la causa ilícita. Taboada se expresa con total claridad, en el párrafo citado manifiesta que la obligación de una parte será ilícita cuando su objeto sea ilícito, con ello también resultará ilícito el contrato.

Entonces, asumiendo la utilidad de la teoría del objeto ilícito, se podrían invalidar *verbi gratia* los siguientes negocios: pagar una suma de dinero para que se cometa un delito, dación de una cosa fuera del comercio por parte del mutuante al mutuatario, promesa de realizar un crimen, delito, contravención, la abstención de la comisión de una infracción, cesión o explotación de casas de juego, etc.

En estas demostraciones algunos autores piensan que se trata de causa ilícita, la misma que respondería a una orientación marcadamente revesada y heterónoma, sin embargo, no es posible colocar la causa como la luz que guía una nulidad cuya naturaleza responde, antes que nada, a otros principios extraños a los sugeridos en el párrafo precedente, como el objeto, por ejemplo.

Planiol trae a colación el caso de una persona que se obliga, mediante remuneración, a realizar un acto ilícito, donde la obligación

sería nula debido a la ilicitud de su objeto; pero, la obligación de la otra parte, la promesa de remuneración, no tiene un objeto ilícito ya que el pago de una suma de dinero o la entrega de una cosa no es en sí misma ilícita o inmoral... La obligación de realizar un acto ilícito es nula y su cumplimiento no puede exigirse, por lo que la obligación de la otra parte carece de contrapartida efectiva y es nula también por falta de causa.[256]

A nuestro entender, en este caso, es inútil toda referencia a la causa como efecto práctico, ya que el contrato se anula desde el momento en que la obligación resulta invalida por ilicitud de la prestación del que va a cometer el crimen, siendo totalmente innecesario acudir al concepto de causa de la otra parte cuyo objeto puede gozar de total incolumidad al recaer en el frío acto de remunerar, estando demás volver la mirada dos veces sobre el mismo punto con el pretexto de la pretendida referencia causal a la prestación ilícita.

En lo que respecta a la causa ilícita en los contratos gratuitos, ha sido difícil encontrar casos ejemplificativos dada la identificación de la causa con el *animus donandi* o ánimo de liberalidad abstractamente considerado, el que nunca será contrario a la ley, al orden público o las buenas costumbres, o en palabras de Josserand: "Espíritu de liberalidad, *animus donandi* (abstractamente considerado), nunca podrá ir contra el orden público o buenas costumbres, sino que debe ser aprobado y alabado; considerada pues, en este aspecto, **la teoría clásica de la causa falsa, no da resultado."**[257]

La sanción jurídica para este tipo de situaciones es la nulidad absoluta que constituye una auténtica medida de orden público. En cuanto al aforismo "*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*" significa que quien hace estado de su propia torpeza, no merece ser

256 PLANIOL y RIPERT, 1946, pp. 386 y ss.

257 JOSSERAND, 1950, p. 98.

atendido por el juez, no debiendo los tribunales prestar su protección a los que han realizado pactos reprobados por la conciencia pública. Es decir, nadie puede alegar y ser oído cuando invoca un acto deshonroso cometido por él, debiéndose le negar la acción al demandante cuando no puede invocar en apoyo de su demanda sino un acto inmoral efectuado por él mismo.[258]

b) Utilidad

En cuanto a la utilidad de la positivización de este elemento en la esencia contractual, Diez-Picazo[259] afirma: "El problema fundamental que el legislador francés parece haber querido resolver a través de la idea de causa es el de la repulsa o condena y, por tanto, de la invalidez de los contratos ilícitos o inmorales." En tanto que esta condena, a nuestro concepto, puede lograrse echando mano de medios que no tengan directa concomitancia con el requisito causal, elementos como las buenas costumbres o el orden público que no nacen justificadas en un presupuesto final.

Por su parte, Gorla[260] es tajante a este respecto: "No es al concepto a lo que hay que atender sino a los distintos problemas en función de los cuales se toma en consideración (aparte de que el problema de la licitud del contrato puede resolverse, quizá mejor, como ha sido resuelto en ciertos ordenamientos jurídicos como por ej. el suizo y el alemán, sin necesidad de recurrir al caso específico de 'causa' lícita, como fin, intención, etc., de los contratantes *sino*

258 Se pone como ejemplo el reclamo Judicial que Pedro hace ante los tribunales -aduciendo un préstamo para un fin ilícito- del dinero mutuado a Juan con anterioridad con la finalidad de establecer un prostíbulo, y que éste no pó al vencimiento del plazo (Cfr. GUTIÉRREZ y GONZÁLES, 1995, pp. 238-9). Este es uno de loa temas centrales sobre los que versará el postrer discurso Jurídico neocausalista, ya que la finalidad subjetiva pasa a formar parte esencial del nuevo contenido de la causa contractual.

259 Cfr. DIEZ-PICAZO, 1983, p. 165.

260 GORLA, 1959, p. 311.

comprendiendo, dentro del concepto de contrato ilícito, los casos de objeto, condición, fin, etc. ilícitos, con lo que se deja al Juez un más elástico poder de apreciación)."

Entonces no queda más que decir con respecto a la causa ilícita, que en sí reproduce las funciones de otras muchas herramientas que el Derecho dispone, por lo que el artículo 1133 del Código Napoleónico -que dice: "La causa es ilícita cuando está prohibida por la ley o cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público"- es inútil e ineficaz.

Este planteamiento también lo podemos encontrar en las aplicaciones prácticas que Pothier[261] propone, a saber: "Cuando la causa por la cual el compromiso ha sido qontratado es una causa que hiere la justicia, la buena fe, o las buenas costumbres, ese compromiso es nulo, lo mismo que el contrato que lo contiene. Ese principio sirve para dirimir una' cuestión que se presenta a menudo. Una tierra señorial ha sido secuestrada realmente a un deudor, y adjudicada por decreto: la parte secuestrada tiene una convención con el adjudicado, por la que se obliga a darle una cierta suma si le entrega los títulos: se pregunta si esta convención es válida. La decisión depende de saber si la causa de esta condición hiere la justicia. Ciertamente la hiere, pues los títulos de una señoría son un accesorio de la misma, como las llaves lo son de una casa; ahora bien, es de la naturaleza de las cosas accesorias que pertenezcan a aquel a quien la cosa principal pertenezca: *accessoria sequuntur jus ac dominium rei principalis*. Los títulos pertenecen, pues, al adjudicado; la adjudicación al transíenrle la propiedad de la señoría, le ha transíerido la de los títulos: la parte secuestrada, cuando ha hipotecado esta señoría ha consentido que en defecto de pago, el acreedor pueda venderla por decreto, y desde aquel instrumento viene obligada a abandonarla con los títulos

261 POTHIER, 1993, p. 33.

al adjudicado, como si se la hubiese vendido. No puede, pues, sin injusticia retenerlos. La convención por la cual se exige al adjudicado dinero para entregarle los títulos, tiene pues una causa que hiere la justicia, y que la hace nula: es por esto, que no sólo no da acción Alguna a la parte secuestrada para exigir la suma que le ha sido ofrecida, sino que si el adjudicado la hubiese pagado, tiene acción contra la misma para el reíntegro.

Observada respecto de esta acción que hay que distinguir bien, si la causa por la que se ha prometido Alguna cosa, hiere la justicia o las buenas costumbres, por parte sólo de la parte que estipula, o por entrambas partes. Un ejemplo del primer caso es el que acabamos de exponer más arriba: cuando el secuestrado ha estipulado una cierta suma del adjudicado para entregarle los títulos, es sólo de la parte del secuestrado de quien la justicia se siente herida: el adjudicado no ha por su parte, herido ni la justicia, ni las buenas costumbres, al prometer esta suma para tener los títulos de que tenía necesidad, y que no quería entregárselos sin este requisito. Es para este caso, y para otros semejantes, que hay lugar a la reintegración de lo que ha sido dado en ejecución de la convención."

Como vemos de este ejemplo propuesto por uno de los padres del causalismo clásico, la causa ilícita consistente en el compromiso del adjudicado de entregar una cantidad de dinero al secuestrado. Se estima que la actitud del primero no hiere la justicia ni las buenas costumbres, pero sí la conducta de la parte secuestrada que debería entregar los títulos de propiedad al adjudicado sin ninguna operación adicional, por cuanto la adjudicación de la tierra señorial comporta adjudicación de todos los accesorios de esta propiedad incluyendo los títulos.

De esta forma, al comprobarse que tal convención versa sobre una prestación -entrega de títulos- que en sí es una obligación

del secuestrado, se podrían entretejer tres hipótesis: primero, si el adjudicado tiene conocimiento de que el secuestrado estaba en la obligación de entregarle esos títulos sin mediar ofrecimiento numerario, entonces la entrega del dinero correrá a cuenta y responsabilidad del adjudicado a título de generosidad o liberalidad, sin embargo, no parece ser éste el caso. En segundo lugar, si el adjudicado ignoraba esta obligación primitiva del secuestrado, entonces habría incurrido en error motivado por la naturaleza de la prestación. Pero este error queda subsumido en la teoría del objeto, por cuanto independientemente de que exista o no error, la prestación no podía darse por ir contra los principios del derecho (*accesorium sequitur principale*), o sea, por no estar permitido por el derecho.

En tercer lugar, la prestación consistente en entregar los títulos no debía nacer como consecuencia de una nueva convención, sino que era una consecuencia natural de la adjudicación, por lo cual habría falta de objeto, o en todo caso, se daría un caso de objeto jurídicamente imposible ya que la prestación es imposible que nazca cuando de por sí viene exigido naturalmente por el principio *accesorium sequitur principale* (lo accesorio sigue a lo principal). De esta manera, la teoría de la causa resulta ser inútil e ineficaz, como lo comprobaremos también en el siguiente ejemplo de Pothier (1993):

> ¿Tiene una promesa, causa ilícita, cuando es hecha a alguien para que dé o haga una cosa que él estaba ya obligado de dar o hacer? Puffendorf distingue muy bien en esta cuestión la obligación *perfecta* y la obligación *imperfecta*. Cuando la obligación no es más que una obligación imperfecta, la promesa tiene una causa lícita, y es obligatoria. Por ejemplo, si yo he prometido Alguna cosa a alguien para que me haga un servicio, bien que el reconocimiento de los beneficios

> que él había recibido de mí le obligasen a hacerme ese servicio gratuitamente, empero la promesa que yo le he hecho tiene una causa lícita, y ella es obligatoria, pues no teniendo derecho de exigir de él ese servicio, ha podido lícitamente, bien que indecentemente, exigir de mí que le prometa Alguna cosa para hacerme adquirir el derecho que yo no tenía de exigir ese servicio.
>
> Por el contrario, cuando la obligación es una obligación *perfecta*, la promesa que yo he hecho a mi deudor de darle Alguna cosa para que haga lo que él estaba obligado a hacer, es una promesa nula y que tiene una causa ilícita, aun cuando sea él el que ha exigido de mí que le hiciera esta promesa. Tal es aquella de que hemos hablado más arriba, esto es, la que un adjudicador hace a la parte secuestrada, para que se le remitan los bienes que le han sido adjudicados; pues estando obligado a entregarlos, es una exacción de su parte hacer prometer algo para ello.
>
> Mas, bien que la obligación sea una obligación *perfecta*, si la promesa que yo he hecho a mi deudor para que él haga lo que estaba obligado a hacer, es una promesa que yo he hecho voluntariamente sin que él la haya exigido, la promesa es válida por cuanto tiene una causa lícita y honesta; no siendo en este caso la causa otra cosa más que una liberalidad, que he querido ejercer para con él. (p. 36).

Estos parágrafos anotados, confirman nuestros conceptos vertidos anteriormente. El ofrecimiento de pago por una prestación del secuestrado a la cual ya estuviera obligado, es un caso catalogado de obligación *perfecta* por cuanto se estaría reproduciendo el mismo objeto en dos obligaciones distintas, la segunda de las cuales sería nula a menos que el adjudicado la asuma como liberalidad.

Pero no solamente la teoría del objeto resuelve problemas que el causalismo clásico pretende exponer bajo el rótulo de causa ilícita, sino también podemos observar ejemplos en los que la figura de la condición soluciona estos dilemas. Pothier (1993) escribe: "Un ejemplo del segundo caso se da (*se refiere Pothier cuando entrambas partes hieren la justicia*), cuando un oficial promete una cierta suma a un soldado, si se bate en duelo contra un soldado de otro regimiento. La causa de este compromiso es contra las buenas costumbres por entrambas partes; pues el oficial ha infringido las leyes, las buenas costumbres, haciendo tal promesa al soldado, y este igualmente por haberla aceptado." (p. 34).

Este caso puede ser resuelto simplemente mediante la figura de la condición ilícita[262], ya que el prometer una suma de dinero *si* la otra persona cumple una prestación contraria a la vida, al orden público y jurídico, se trata de una prestación contraria al derecho, jurídicamente imposible. Demás está referimos a la teoría de la causa que no brinda elementos útiles y que sólo repite estructuras de otras instituciones que eficientemente brindan soluciones a estos problemas.

Lo mismo ocurriría si alguien ofrece una cosa para cometer un crimen o para que deje de cometerlo: "No es dudoso, -añade Pothier (1993)- según lo que nosotros acabamos de establecer, que si yo he ofrecido a alguien Alguna cosa para cometer un crimen, *puta*, (sic) o para dar de palos a un hombre que es mi enemigo, que no vengo obligado ante el fuero exterior a sostener mi promesa" (p. 34).

En sí, nadie puede obligar a otra persona a que se obligue a perpetrar un hecho repudiado por la moral, buenas costumbres, orden público y el derecho, ni tampoco obligar mediante una suma

262 En el código peruano de 1984, ver el articulo 171: "*La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto.*"

de dinero a que no haga lo que por ley no debe hacer, salvo que se trate de una liberalidad.

Finalmente, hemos visto cómo la propia teoría de la causa clásica busca la fuente de la obligación en un fin o motivo inmediato y directo, siempre el mismo para cada categoría de contratos, e inherente a ellos, de modo que esta causa es apellidada de *pedigree* por cuanto se encarga de buscar la etiología de cada contrato y la encuentra en elementos que cumplen una mejor función en el derecho, como son el objeto, el consentimiento, la condición, la simulación, el orden público, las buenas costumbres, etc., de modo que resulta difícil encontrar aplicaciones prácticas de la causa ausente, falsa o ilícita.

13. EL ACTO ABSTRACTO Y LA PRUEBA DE LA CAUSA

Una de las dificultades que tiene que enfrentar la teoría clásica de la causa es la referida a la prueba de la existencia de la causa en las convenciones. La situación será fácil si en el documento o título en que consta una operación contractual consta de manera expresa la naturaleza de la operación y por lo tanto la causa viene probada por el hecho mismo. Así, por ejemplo, en el caso de una compraventa, la causa de la obligación del comprador quedará probada si se menciona la cosa vendida, o si en el caso de un préstamo, se menciona la entrega del numerario.

El problema surgirá cuando el acreedor emplace al deudor mediante un documento en el cual se reconozca el compromiso de la deuda, pero no se mencione por qué se debe o a título de qué, como en el caso en el que se diga: "Prometo pagar a X... la suma de... que le pagaré..." Situación en la que, según la teoría clásica, nos enfrentamos a un asunto de documento incausado.

Asimismo, para redondear la figura y complicar más la orientación, el artículo 1132 del Código Napoleón establece la validez

de la obligación abstracta, oficializándose la doble presunción legal de existencia de causa y su licitud mientras no se pruebe lo contrario. Este artículo de suyo obscuro, impone un conocimiento histórico del proceso de desarrollo anterior hasta desembocar en esta figura, para ello veamos la evolución de la *querella.*

13.1. *Querella Non Numeratae Pecuniae*

Esta institución romana la hemos estudiado con bastante cuidado y extensión en el capítulo referente a la herencia del Derecho Romano y luego vimos su desarrollo posterior en el capítulo dedicado a la causa en la Edad Media, vamos ahora a refrescar un poco la memoria mediante un brevísimo resumen, para luego continuar con su desenvolvimiento en esta etapa histórica sobre la cual venimos trabajando.

En Roma vimos que con ocasión del *mutuum* y especialmente del préstamo de dinero nace esta institución. "El *mutuum* -comenta Gaudemet (1984, pp. 144-146)- se formaba por la *datio* del numerario. Para demandar su pago, el acreedor debía probar las transmisiones de propiedad de ese dinero al prestatario. Ahora bien, esa prueba solía ser difícil. Para simplificar las cosas, se recurrió a un procedimiento frecuente: se confirmaba el *mutuum* por medio de una estipulación. El acreedor hacía que se le prometiera *verbis* esa restitución. A partir de entonces el deudor quedaba vinculado por la promesa, independientemente de la entrega del numerario. Para obtener el pago, el acreedor ejercitaba la acción *ex stipulatu* y ganaba probando la estipulación, sin necesidad de fundarse en la entrega. Frecuentemente, esas estipulaciones constaban por escrito, *cautiones*, como los actuales reconocimientos.

Este procedimiento se generalizó por virtud de su sencillez misma, pero acarreó abusos, pues gente poco escrupulosa obtenía estipulación y documento y rehusaba después la entrega del

numerario, o sólo la hacía parcialmente y a pesar de ello tenía una acción *ex stipulatu* por la totalidad de la suma consignada.

Se creó un primer remedio por virtud de la *exceptio doli* que podía oponer el deudor, que paralizaba la acción *ex stipulatu.* Un segundo correctivo consistió en la *condictio* por medio de la cual el deudor podía lograr su liberación.

A pesar de ello, esos dos medios de derecho común se estimaron insuficientes, pues el deudor, para triunfar en la *exceptio* o en la *condictio*, tenía que probar la falta de entrega del numerario y esto era a veces imposible.

En el siglo III, el derecho imperial dio un paso más para proteger al deudor, configurando la *querela non numeratae pecuniae*. El deudor podía oponer a la acción una *exceptio non numeratae pecuniae*, o tomar la delantera para pedir su liberación. Este sistema difiere profundamente de la *exceptio doli* y de la *condictio* en que el deudor que recurre a la *querela* invierte la carga de la prueba y el acreedor, a pesar de la estipulación y del documento queda obligado a probar la entrega del dinero, en tanto que el deudor nada tiene que probar.

Más tarde se pensó que se había ido demasiado lejos y hubo de hacerse un distingo: si el documento menciona expresamente la entrega del numerario (*causa discreta*), el deudor queda obligado y debe pagar al presentársele el documento, a reserva de probar la falta de entrega; si el documento no la menciona (*causa indiscreta*), se mantienen las reglas de la *querela non numeratae pecuniae* y la carga de la prueba recae sobre el acreedor.

Así pues, el derecho romano llegó a hacer una distinción entre el documento causado y el no causado. En el primer caso, la carga de la prueba incumbe al deudor; en el segundo, al acreedor."

Posteriormente los prestamistas, para liberarse de la carga de la prueba que imponía la *querella* en la *cautio indiscreta*, hacían firmar al deudor la renuncia anticipada de la *querela*, pero los glosadores declararon nula tal renuncia. Sin embargo, los prestamistas vencen a los canonistas a través del empleo del juramento del deudor para consolidar los efectos de la renuncia.

Hasta este punto, hemos visto que no existe ninguna aplicación de la causa final u otra teoría análoga, simplemente se trata de un juego de valoraciones y de mecanismos de prueba que nacen para remediar problemas que el entorno socio-económico imponía. De esta forma la *querela* nace como consecuencia de los valores orden, paz y justicia. "El legislador estaba haciendo jugar -dice Parodi (1955)- los valores *orden y paz*, en nuevas normas legislativas. La *querela* obligaba al acreedor a probar la veracidad de la entrega del dinero. No se trataba de una causa fin, sino simplemente de hacer perder, en protección del orden público, las ventajas que, con respecto a la prueba, otorgaba el acto formal" (p. 893).

Entonces, mal podría interpretarse si asumimos como verdad que la teoría de la causa fin o clásica sea el fundamento de esta institución. "Es simplemente una cuestión de prueba que dominaba la cuestión. De ello, los causalistas sacan toda una teoría. La prueba estaba relacionada en último grado con la protección del orden público." (Parodi, 1955, p. 893).

Ahora bien, en el siglo decimonónico quedó abierto el debate, en ocasión de la redacción del Code Napoleón, acerca del documento que no expresaba el hecho constituyente de la obligación. "¿Cuál sería pues el valor del documento no causado? -relata Gaudemet (1984, pp. 145-146)- ¿Habría que mantener la solución romana derivada de la teoría de la *querela* (carga de la prueba para el acreedor), o debería

imponerse al deudor la prueba de la falta de causa? Se enfrentaron tres opiniones:

1º El documento debe estar causado, bajo pena de nulidad del convenio. Pero esta opinión parece quedar limitada, en la época de la sentencia, citada en nota, a los títulos al portador. En todo caso, otras decisiones posteriores declaran claramente que el convenio es válido, aun cuando el documento no esté causado.

Pero si el convenio es válido, aunque el documento no exprese la causa, queda la cuestión de la prueba y a este respecto, surgen otras dos opiniones opuestas:

2º Se hace aquí un distingo: si el documento no causado se considera como reconocimiento de una deuda anterior, en estos términos: 'reconozco deber...' hay por parte del deudor confesión de la existencia de la causa, luego el acreedor ya no tiene nada que probar. Pero si el documento tan sólo contiene una promesa de pagar: 'Prometo pagar...' el acreedor debe probar la causa; en este caso, queda en pie el principio romano de la *exceptio non numeratae pecuniae*.

3º Un tercer sistema rechaza sin distingos la teoría romana. El documento no causado hace prueba plena. Al deudor incumbe destruir esta prueba demostrada la falta de causa.

Esta opinión era la más generalmente admitida al fin del período del antiguo derecho (Cf. LOYSEL, Inst. Cout., Lib. V. Tít. II, núm. 6: 'Excepción de dinero no contado, no tiene lugar', nota de Davot acerca de la máxima: 'En Francia no se admite esta excepción y el reconocimiento sirve de prueba'). Esta solución quedó consagrada por la jurisprudencia de los Parlamentos en el siglo XVIII: sentencia de 17 de julio de 1706.

De este modo, en vísperas de la promulgación del Código civil se admite pacíficamente que el documento, aun no causado, hace prueba plena contra el deudor."

Esta interpretación del artículo 1132 Gaudemet la avala en razones de índole histórica, racional y normativa. Así, hemos visto cómo el *mutuum* primitivo romano exigía que el deudor pruebe la entrega del dinero, cosa que desaparece con la estipulación que imponía la carga negativa al deudor de no existir deuda, por lo cual se crea la *querella* que exige al acreedor probar la existencia de una deuda, para que después se atempere este rigorismo reservando los efectos de la *querella* para aquellos casos en los cuales el documento no contuviera mención expresa del hecho productor (*cautio indiscreta*), cosa que desaparecería con el juramento en la Edad Media, y que llegaría a la época de redacción del Código Napoleón con ausencia de eficacia, reconociéndose valor a los documentos en los que no se expresara la causa fuente de la obligación. Estamos frente a un *ping pong* de situaciones.

No obstante, en lontananza no se atisba ninguna influencia de la teoría de la causa fin. Estamos frente a un juego de valoraciones y no frente a una teoría clásica. Simplemente las valoraciones en plena concordancia con su realidad imponen criterios que busquen preservar el orden, la justicia y la paz, de tal forma que el orden público se mantenga y no se altere.

13.2. El Negocio Abstracto

En este clima nace el acto abstracto, como fruto de esta lenta evolución histórica, hasta que en la actualidad se reconozca la plena validez del negocio abstracto. Sin embargo, la causa fin no tiene nada que ver al respecto, "la abstracción significa -según Gorla (1959)- que el *iter* o proceso que da lugar a la formación de un acto abstracto queda separado de él, y el acto es válido por sí mismo como fuente de

una propia relación y también, podría decirse de un derecho o de una acción '*per se stante*' (p. 343)

Dicho *iter* o proceso que desemboca en la formación del acto abstracto se resume, más o menos exactamente, en el concepto de 'relación fundamental': una relación que, sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el acto formal, es reconocida jurídicamente y jurídicamente eficaz; de manera que se presenta el fenómeno de la coexistencia de dos relaciones jurídicas, una al lado de la otra, y ambas con cualidades o caracteres propios. Por ejemplo, si se libra una letra de cambio por el precio de una compraventa habrá una relación de crédito inherente a la compraventa (con sus correspondientes caracteres) y una relación cambiaria."

De esta manera queda suficientemente clarificado que lo que ocurre en el seno del negocio abstracto es simplemente la abstracción de la causa fuente de la obligación primigenia.[263] Es que existen dos relaciones que cohabitan y coexisten en simétrica relación: la relación personal y la relación cambiaria, es por ello que ante una demanda ejecutiva se puede contradecir el mandato del juez probando la inexigibilidad de la obligación contenida en el título a través del ataque a la relación subyacente.[264] De esta forma, queda confirmado que no es la teoría de la causa fin, sino que fue una

263 Von Tuhr, en lo que respecta a la atribución patrimonial abstracta, piensa que el acuerdo sobre la causa se considera como un elemento externo que no entra en el *factum* de la atribución: si la atribución se efectúa mediante contrato, para su validez no se exige más que el acuerdo de las partes, respecto de la modificación jurídica que se propone realizar. Como en esas atribuciones se prescinde en principio, de la causa, se las suele denominar abstractas. La naturaleza abstracta de los negocios dispositivos no descansa en la voluntad de las partes que no tienen mucha comprensión para las cuestiones 'técnico-jurídicas, sino que depende de la estructura del derecho objetivo y se justifica por razones de política legislativa (VON TUHR, 1947, pp. 94 y ss.)

264 En el Código Procesal Civil peruano de 1992, encontramos el derecho a contradecir en el artículo 700 inc. 1º: "...La contradicción se podrá fundar en: 1º Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título..."

cuestión de prueba en concomitancia con el sistema de valoraciones y el orden público, lo que dio origen al acto abstracto, en el que se abstrae el *iter* o la causa fuente.[265]

13.3. Contratos (Engagements) a Título Oneroso

La causa, como lo sostuviéramos, es La contrapartida para cuya obtención el deudor se obliga.

Esta contrapartida puede hacerse efectiva ya desde el momento de contratar, como en la obligación de restituir una suma o cosa anteriormente recibida a título de depósito, préstamo, arrendamiento o prenda; o cuando se obliga uno a pagar el precio de una cosa vendida y entregada en el mismo momento de celebrar el contrato.

También aparece realizada por un efecto de la obligación misma cuando se contrae la obligación de cumplir algo a que se estaba obligado ya con anterioridad, como el caso de ser responsable de un daño sufrido por un tercero y prometerle una suma de dinero a título de indemnización: la contrapartida actúa como la liberación o descarga de la obligación anterior.

Entonces la obligación viene a comportarse como el cumplimiento de la obligación de la parte contraria, como la contrapartida necesaria o contraprestación. Sin embargo, al predicar ello no nos encontramos muy lejos de la médula misma de los contratos onerosos cuya ínsita bilateralidad impone la necesidad de una contraprestación en el momento de la celebración del negocio o en la gestación de una, consecuente obligación con el fin de cumplir un compromiso antecedente, caso en el que la causa fin se confunde con la causa fuente, o se identifica con la prestación de la contraparte o con el objeto debido.

265 Para mayor dilucidación puede revisarse un caso práctico en nuestro libro Lizarraga, 1996. pp. 173-188.

14. COBERTURA CONTRACTUAL DE LA CAUSA FIN

Seguidamente veamos cómo la causa penetra en cada esfera contractual[266], en el marco del Código Napoleón:

14.1. Contratos Aleatorios

En este tipo de contratos la necesidad de una contrapartida es menos estricta, pudiendo faltar completamente (como el juego y la apuesta) o ser irrisoria en relación con lo que obtiene en cambio el que la efectúa (seguro, renta vitalicia, contrato por el que se asume la obligación de realizar determinada investigación o búsqueda). La razón de ello se encuentra en el alea admitido, justificándose la posibilidad de una considerable pérdida, desproporcionada con los beneficios obtenidos (a veces pérdida total o del capital y del trabajo aportado), con la ganancia sin contrapartida suficiente.

Más que una sustentación de este tipo contractual en el basamento causídico, estamos frente a la naturaleza misma de los contratos aleatorios que admiten muchas veces ausencia o desproporción de la contrapartida en juego, donde dicha naturaleza del alea se compenetra con la calidad de la prestación.

14.2. Contratos Accesorios

Son aquéllos que nacen con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación principal, como son la fianza, prenda, hipoteca y anticresis, en donde, salvo el primero, se distingue para su estudio si la garantía se presta por el deudor o por un tercero, teniéndose en este primer caso que la contrapartida no se distingue de la que corresponde a la obligación principal cuando se da al momento de concertar el contrato principal. Si se da posteriormente

266 PLANIOL y RIPERT, sf, pp. 357-364.

la contrapartida puede hallarse en la concesión de un plazo o de cualquier otra ventaja por el acreedor.

En cuanto a la fianza y al tercero que presta la garantía real para respaldar una deuda ajena, la contrapartida de la carga que éste asume es la ventaja que el deudor le concede en atención al servicio que se le presta, y en la generalidad de casos la contrapartida puede reemplazarse por la intención liberal.

Estos derechos reales de garantía se basan en la existencia de una obligación anterior a la que justamente tratan de sustentar, su suerte será la del contrato principal según el principio "*accesorium sequitur principale*" de viejo cuño romanista, de modo que la causa genética guía el camino de esta especie contractual, donde el juego de las contraprestaciones nace en función de la ocasión o tiene fuerte sustento en el compromiso precedente.

14.3. Promesas de Contrato

En estos casos no existe desplazamiento de valor. La nulidad de la promesa puede peticionarse desde antes de manifestarse la voluntad de utilizarla si el promitente demuestra que la obligación que el contrato iba a originar para él carecía de contrapartida, como el hecho o entrega de una cosa imposible o ilícita.

Claramente observamos una remisión de la ausencia de contrapartida a la imposibilidad o ilicitud de la prestación en su modalidad de dar, la causa se despoja de su pretendida autonomía para dar paso al reino del objeto de la obligación.

14.4. Transacción

Esta operación consiste en un libre intercambio de concesiones recíprocas donde la contrapartida viene a ser la concesión o el sacrificio obtenido a cambio de otra concesión. La causa del presente caso tiene un concepto tautológico al ser repetitivo de

la estructura definicional de esta modalidad jurídico-contractual. Además, ha quedado demostrado en los capítulos anteriores que la interdependencia de las prestaciones no es consecuencia de la teoría de la causa fin, sino que es fruto de la aplicación de aquellos instrumentos que útilizó el derecho para conservar el orden, la paz y la justicia en el seno social, tales como el *pacto comisorio* y *la exceptio non adimpleti contractus*, etc., que desembocaron en la Edad Media en el adagio *non servanti fidem, non est fides servanda.*

14.5. Estipulación a Favor de Tercero

La contrapartida de la obligación del promitente respecto al tercero beneficiario es igual a la prestación recibida o que ha de recibir del estipulante. Concepto marcadamente legalista, abstracto y objetivista, típico de la doctrina clásica.

14.6. Delegación

Se trata de una operación jurídica que convoca a tres personas: delegante (antiguo acreedor), delegado (deudor) y delegatario (nuevo acreedor). El delegado comúnmente nada recibe a cambio de su obligación en favor del delegatario, y esa obligación constituye un reconocimiento de deuda con asentimiento acerca de la substitución de un nuevo acreedor, asentimiento que pudiera prescindirse porque la cesión de créditos no se halla supeditada al consentimiento del deudor. Por eso se puede acudir al análisis de la contrapartida que existía en la obligación (*engagement*) de cumplir algo a que se estaba obligado desde antes.

Tampoco en esta materia nos enfrentamos a conceptos novedosos de causa fin si nos atenemos a un atento examen: más convicción produce la referencia al elemento causal fontanal que al final, así como a la estructura y fisonomía del objeto.

15. OBSERVACIONES Y CRITICAS

Veamos ahora las principales observaciones que se entretejen en torno a la teoría clásica de la causa:

a) No existe un concepto unitario de causa, sino tres conceptos enteramente distintos: así tenemos la causa en los contratos sinalagmáticos, en los reales y hasta en los gratuitos. La teoría de Domat se convierte así en asistemática[267]: elige al azar diversas categorías de contratos, convirtiendo la noción de causa en un concepto proteico.

   La tipificación de las causas se hace atendiendo a una clasificación que no guarda interna armonía. "Hubiera sido lícito oponer la causa de los contratos sinalagmáticos a la causa de los contratos unilaterales; la causa de los contratos onerosos a la causa de los contratos gratuitos y la causa del contrato consensual a la del contrato real. Lo que no es lícito es implicar y mezclar, confundiéndolas, tres clasificaciónes distintas y escalonar unidos contratos sinalagmáticos, contratos reales y contratos gratuitos.[268]

b) No hay paralelismo ninguno entre los tres tipos de causas. En unos casos se subjetiviza radicalmente la idea de causa como es en los negocios gratuitos, hasta el punto de poder considerarse como causa cualquier motivo con tal que sea justo y razonable. En otros casos, se la objetiviza al señalar como causa de una obligación la obligación recíproca, como en el caso del contrato sinalagmático, o también asumiéndola dentro del objeto entregado con prioridad a modo de causa fuente, como en los contratos unilaterales.

267 BUERES, 1995. pp. 301-302.

268 DIEZ PICAZO, 1983, p. 162.

Esto motiva que la causa en los contratos sinalagmáticos sea interpretada como el objeto de la obligación -o de la relación jurídica, según se vea-, así mismo en los contratos unilaterales se le asuma como causa genética y en las donaciones como la voluntad misma o el consentimiento necesario para donar.

c) Hay contratos que escapan a la tipificación proporcionada, como los contratos de sociedad, transacción o compromiso de árbitros. Hasta en los mismos contratos unilaterales la cosa no es tan sencilla como parece pensar Domat; un mandato sin retribución puede ser hecho por pura liberalidad del gestor o mandatario, pero puede ser hecho también en atención a otros fines (V.gr. en atención a un interés del mandatario.)

d) Pueden coincidir en un mismo supuesto dos tipos contractuales. Por ejemplo que el contrato sea real y sinalagmático, como en un depósito retribuido, ¿cuál sería la causa de la obligación de restituir del depositario?, ¿la anterior entrega de la cosa depositada -reflejando un contrato unilateral- o la retribución que va a obtenerse a cambio del servicio de depósito -dentro de un contrato sinalagmático-?

   Incluso podemos incluir en estos ejemplos, tipos de contratos mixtos en los que la caracterología causal clásica no podría responder a satisfacción, como la venta-donación de un artículo determinado.

e) La clasificación o tipificación propuesta sólo contempla los contratos constitutivos de relaciones obligatorias, pero no los contratos modificativos o extintivos, como *causa novandi* o *causa solvendi*, siendo por ende rigurosamente genética; la causa quedaba patentizada al crearse el contrato, sin atender a consideraciones funcionales. Será Capitant quien con posterioridad enfocaría su atención ya no en el sinalagma genético sino en el funcional. Asimismo, los avatares de la

historia jurídica negarían la causa clásica al presentar nuevos tipos contractuales, o relaciones obligacionales no enteramente constitutivas.

f) No se da participación al móvil o causa impulsiva o emocional de los neocausalistas, salvo un ligero atisbo inicial en las liberalidades, que luego pasó al olvido.

Es necesario aclarar que cuando se refiere a la causa de las obligaciones, ésta aparece representada en la causa genética de las mismas, mientras que al referirse a la causa del contrato alude a la causa de las obligaciones vista como causa final desde una perspectiva única y abstracta de la teoría clásica.

g) En lo atinente a la falsedad de la causa, ésta puede ser falsa, y esta falsedad provoca la nulidad del contrato. Además, existe causa falsa cuando, por ejemplo, una dación en pago se hace sobre la presuposición errónea de la existencia de la deuda, lo que pudiera dar a entender que la causa de la dación en pago es la deuda anterior. Ello sería notoriamente incongruente con su propia doctrina, puesto que una causa semejante no resulta, de ningún modo, de la tipificación que él mismo hace (contratos onerosos y gratuitos); develando, además, el sutil nexo entre la causa final y causa genética.

16. CONCLUSIONES

1. La asistemática teoría de Domat se basa en una incorrecta interpretación de los textos romanos, por la que en contratos sinalagmáticos la causa de la obligación de una parte consiste en la obligación de la otra; en los contratos unilaterales, la causa de la obligación de devolver un bien por parte del prestatario consiste en la prestación otorgada anteriormente; en los contratos a título gratuito, la causa consiste en el motivo razonable y justo, o en el *animus donandi*. Su concepción abstracta y racionalista,

puede ser suplantada mediante la aplicación de la teoría del objeto (para los contratos sinalagmáticos y onerosos) o del consentimiento (contratos a título gratuito).

2. Para Pothier la causa de las obligaciones está en su causa fuente. El defecto de causa es un vicio del consentimiento, en que para las convenciones interesadas, la causa de la obligación de una parte consiste en lo que la otra parte le da o se comprometa a darle o en el riesgo que acepta correr; mientras que en los contratos desinteresados, la causa consiste en la liberalidad. De la misma forma que ocurre con Domat, las teorías del objeto y del consentimiento acaparan la eficacia frente al cúmulo de problemas prácticos, desplazando cómodamente a la causa clásica.
3. Las concepciones de Domat y Pothier son de corte objetivo, pero los redactores del Código Napoleónico tergiversaron las interpretaciones de sus creadores e hicieron de la causa de las obligaciones una causa del contrato, los que junto con los comentadores del mismo *Code* le dieron un matiz subjetivo a la causa fin, para luego volver a la objetividad ínsita de esta teoría, objetivizando la teoría clásica de la causa.
4. De las palabras de los artículos 1108 y 1131-1133 del Code Napoleón no se puede extraer nada que aluda a una teoría de la causa fin. Serán los apóstoles de Domat y Pothier quienes se encargarán de sistematizar, tergiversar y construir este engendro jurídico.
5. La causa clásica es un esfuerzo denodado por separar lo objetivo de lo subjetivo, lo externo de lo interno, lo visible de lo invisible, la causa objetiva del motivo simple subjetivo. Sin embargo, La causa en las liberalidades será el punto débil de toda teoría causalista, ya que la causa como fin directo e inmediato se confunde con el móvil determinante y psicológico, o hasta con

el *ánimus donandi.* El simple motivo no tiene ningún papel en el contrato a menos que tome la forma de condición.

6. La causa clásica es apellidada de *pedigree* por cuanto se encarga de buscar la etiología de cada contrato y la encuentra en elementos que cumplen una mejor función en el derecho, como son el objeto, el consentimiento, la condición, la simulación, el orden público, las buenas costumbres, etc., de modo que resulta difícil encontrar aplicaciones prácticas de la causa fin frente a los problemas de causa ausente, falsa o ilícita a través de la sola teoría clásica.

Capítulo V
EL ANTICAUSALISMO

1.-- Aproximación doctrinal. 2. -Principio común anticausalista 3. -La huella de la causa ilícita 4. -Antecedentes Históricos. 4.1. Evolución del Anticausalismo. 4.2. Sistema de Dabín. A). La falsedad en los contratos innominados romanos. B). Falsedad de la teoría frente a las *condictiones* sine causa. C). - Falsedad frente a la institución moderna del enriquecimiento injusto. D). La causa según Domat. E). La causa en Pothier. F). La causa en el Código Civil. 5. Falsedad de la teoría clásica. A). Falsedad en los Contratos Sinalagmáticos Modernos. B). Falsedad en los Contratos Reales. C). Falsedad en los Contratos Gratuitos. 6. La Inutilidad de la teoría clásica de la causa. A). Inutilidad en contratos sinalagmáticos. 1). Ausencia de causa 2). Causa Ilícita o Inmoral. 3). Causa falsa. B). Inutilidad en Contratos Reales. C). Inutilidad en Contratos Gratuitos. 7. Apología de la teoría clásica. 8. Posición de Marty frente a las Críticas Histórica y Racional. a). Crítica histórica. b). Respuesta a la crítica histórica c). Crítica racional. d). Respuesta a la crítica racional. 9. Postura de Josserand con vista al Neocausalismo. A). La teoría de la causa no es falsa. B). - La noción de causa no es inútil. 10. Conclusiones.

1. APROXIMACIÓN DOCTRINAL

A partir de las observaciones vertidas sobre la causa clásica ínsitas en el rubro correspondiente del capítulo anterior, sumadas a la literatura del presente, concluiremos con notoria facilidad la falsedad, futilidad y super-erogatoriedad de la teoría clásica de Domat y Pothier. Consecuencia trascendente de ello fue desprender, en su momento histórico, una logarítmica polvareda de protesta ideológica, por parte de un selecto sector de la doctrina civilista, con el objeto

de censurar su presencia o impedir, en todo caso, su legitimación positiva y consecuente adquisición de carta de naturalización en las legislaciones europeas del siglo decimonónico.

Por su lado Ourliac piensa que la causa tiene un nimio e incorrecto valor técnico, *ad literam*: "Fuerza es confesar que su *valor técnico es muy pobre*; decir que la causa de un negocio oneroso 'es la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte' no es sino un reconocimiento ingenuo de absoluta ignorancia acerca del fondo de la cuestión que se plantea."[269] Terribles palabras que sepultan de una vez la pretendida utilidad de la doctrina clásica vista ésta dentro de sus mecanismos objetivos, cerrados e inflexiblemente vinculados a una cultura racionalista que envolvía con su haz divino todo producto de la razón humana.

De ahí que la causa clásica, para la postura anticausalista, deviene en el mismo objeto de los negocios onerosos, llegando a confundirse -cuando no a identificarse- con éste, o con el ánimo liberal de los actos gratuitos, o la representación o configuración intelectual de una relación dada en el momento en que las voluntades de las partes concurren en un punto dado, el mismo que recae en un elemento que depende de una relación de carácter objetivo, legal y evidentemente estereotipada.[270]

---

269 OURLIAC y DE MALAFOSSE, 1960. p .299.

270 MOUTÓN y OCAMPO, 1910. p. 399, podemos encontrar una nota concluyente al respecto: "No existiendo para el derecho científico más que dos requisitos esenciales que unidos producen la validez del contrato, el **consentimiento y el objeto**, *no* era *preciso que el Código Civil hubiera incluido la causa de la obligación entre ellos* cuando pudo refundirla muy bien en el consentimiento, como hizo con perfecto acuerdo con la capacidad de los contratantes, que el proyecto de 1851 también reputaba circunstancia principal. Para nosotros la expresión de la causa no es de indispensable necesidad en las obligaciones contractuales, desde el momento que no reputamos ésta, requisito esencial de los contratos, por considerarla incluida en el consentimiento."

Ya sea que engolfemos la causa en el trebejo consensual o simplemente identificándolo con el objeto de la obligación o la representación de la relación objetiva, ésta constituye un elemento sobrante; sin embargo, como veremos detenidamente más adelante, estudiaremos el tratamiento legislativo de este factor frente a la tríada constituyente del negocio, léase consentimiento, objeto y capacidad.

2. PRINCIPIO COMÚN ANTICAUSALISTA

Las teorías anticausalistas no consignan la causa como elemento esencial del acto jurídico, ya que la manifestación de voluntad, o el consentimiento en su caso, es el que decide la realización del mismo[271], junto al objeto, consíormando los factores de relevancia dentro de la teoría anticausal.

El principio común del anticausalismo es: "**La causa es un elemento innecesario porque lo único que hace es duplicar, inútilmente, los elementos indiscutibles del contrato, con los que es confundida; además, los resultados a que llegan los autores causalistas se obtiene con dichos elementos indiscutibles y sin hacer intervenir a la causa. Todo esto se demuestra analizando la causa en cada una de las clasificaciónes de los contratos**."[272]

Roma no conoce la teoría de la causa, pero su sistema brinda notoria importancia a la acción de repetición por enriquecimiento ilícito, ya que no se permitía que nadie pudiera enriquecerse injustamente, de modo que sería incorrecto pensar que los cultores clásicos (Domat y Pothier) pudieran haber extraído sus elucubraciones de un adecuado análisis del derecho romano, todo lo contrario: en la práctica no constituye sino una apócrifa interpretación de las leyes del Digesto.

271 OLAZÁBAL, 1961, p. 465.

272 MARTINEZ ALFARO, 1993, p. 51.

Por su parte Albaladejo tiene una postura abiertamente contraria a la presencia de la causa como único elemento independiente, estructural y nulificante del acto jurídico y en especial de los contratos: "En efecto, es innegable que al poder atacarse la atribución por razón de su causa, es, por lo menos, normal que también pueda atacarse el negocio atributivo, por defecto de alguno de sus elementos. Pero aun admitiendo la afirmación de que siempre que hay invalidez basada en la causa, la hay también por Alguna otra razón, debe aceptarse que ello fácilita la invalidación del negocio (y de la atribución) dando más caminos para alcanzarla.[273] Caminos que nacen como vías alternas que muy bien podrían provocar al legislador a preferirlas, preteriendo la causa, con todos los plausibles efectos que esta consecuencia acarrea.

3. LA HUELLA DE LA CAUSA ILÍCITA

Uno de los factores de que se sirven los clásicos para justificar su construcción doctrinal es el presunto aporte del concepto de causa ilícita a la dogmática civil, a fin de poder declarar la nulidad de actos jurídicos ante la inoperancia del objeto ilícito que no aportaría ningún elemento válido de juicio. Sin embargo, si asumimos como válida la proposición de que la causa es una noción legal que ni siquiera se necesita mencionar porque se presupone su presencia, resultaría paradójico anular un acto conteniendo una causa contraria a la ley porque nunca podría haber una causa ilegal, ya que todas serían legales.

Asimismo, un sector importante de la doctrina piensa, además de ello, que el contenido de la causa ilícita no debe circular por conceptos prefijados y recogidos por la ley, sino por los de la motivación; pero como recordaremos, este extremo fue notoriamente negado dado

273 ALBALADEJO, 1958. p. 206.

el prurito racionalista de separar causa y motivo: es decir, que si la causa no tiene nada que ver con el motivo porque éste es subjetivo y aquél, objetivo, y si la única forma de predicar la utilidad de la misma es mediante su asimilación a factores motivacionales, no podemos de manera Alguna coger con una mano lo que con la otra despreciamos, en amplia demostración de inconsecuencia e incoherencia teóricas.

En torno a esta causa ilícita, Marín Pérez[274] expresaría su preocupación en el sentido de que la causa clásica es la misma para toda una categoría de actos jurídicos dados, convirtiéndose por ende en un esquema vacío de contenido y desvitalizado. Ella es incapaz de explicar la causa ilícita: ¿Cómo será posible una compra con causa ilícita si los motivos no se podían investigar y la causa era la misma para todas las compraventas?

Lo que ocurre es que se pretende explicar una realidad nueva con conceptos viejos, y ello es enteramente imposible; luego veremos cuál es el *agiornamento* que la doctrina genera para responder a esta inquietud.

4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

4.1. Evolución del Anticausalismo

Tanto la inutilidad como la falsedad de la causa clásica predicadas por los cultores del anticausalismo desembocan en mostrarla como una invención intolerable, un adefesio jurídico y un engendro.

Por otro lado, el primer ensayo anticausalista, el primer golpe mortal si se prefiere, se lo debemos a Antoine Ernst, profesor de la Universidad de Lieja en Bruselas, quien en 1886 escribió un opúsculo de 8 ó 9 páginas intitulado "*La cause esi-elle une condición essentielle pour la validité des convencións*" ("¿Es la causa una condición esencial

274 MARIN PÉREZ, 1983, p. 177.

para la validez de las convenciones?") en ocasión de revisarse el Código Civil de su patria, donde solicitó la abolición en la legislación belga de la causa por ser falsa e inútil y de los artículos referidos a ella por ser artificiales y confusos.

Este tratadista consideró la causa como un elemento innecesario, inventado y agregado; la expresión "no hay obligación sin causa" del Código Napoleón, se justificaría si se refiriese a la causa fuente, por lo que concluye que se ha confundido la causa del contrato con la causa de la obligación y que el contrato es una de las fuentes que integra la nómina de los actos aptos para engendrar derechos creditorios.[275]

Ernst expresó que si la causa en los contratos a título oneroso es lo que cada una de las partes debe respectivamente a la otra, se confunde con el objeto de la convención y, por tanto, de nada sirve hacer de una sola y misma cosa dos elementos separados.[276]

---

275 LAVALLE ZAGO, 1991, p. 145.

276 En el Perú. Taboada ha realizado una crítica de Ernst al pensar que éste confunde en la prestación el objeto de la convención equiparándolo a causa de la obligación. "Pero en vista de que para los autores causalistas, o sea todos aquellos que consideran que la causa como es concebida por la teoría clásica es efectivamente un elemento de los contratos con existencia independiente de todos los demás, la causa de la obligación de cada una de las partes en los contratos sinalagmáticos se encuenta en la obligación asumida por la contraparte; dichos autores han podido rechazar fácilmente el argumento de Ernst que analiza, puesto que, siendo las obligaciones recíprocas y no las prestaciones las que se sirven mutuamente de causa, carece de sentido afirmar que la causa de obligación se confunde con el objeto del contrato que consiste, según Ernst, en las prestaciones debidas." (Cfr. TABOADA, 1996. p. 140). Sin embargo, de la lectura del capítulo referido al objeto, inserto en este mismo trabajo, veremos que es encesario tener una consideración amplia del objeto del acto jurídico, es decir, entender el objeto en su ancha significación o como lo dice Giorgi "en su más general acepción, abrazando todo el *contenido del contrato*; es decir, no sólo la prestación considerada materialmente, sino también los límites y el objeto que lo acompañan, lo mismo que sus modificaciones accidenteales. Tomando el *objeto* en este sentido lato es imposible que en la teoría del objeto no esté absorbida también la de la causa." (Cfr. GIORGI, 1929, p. 467.) No obstante ello, de seguir el planteamiento de Taboada que exige una alusión no al objeto de la obligación (prestación), sino al del contrato, llegaríamos al mismo lugar, por cuanto si la causa de una obligación es la obligación correlativa, entonces consisitiría en

En los contratos a título gratuito, si la causa reside en la liberalidad del bienhechor, no es tampoco verdad que forme por sí misma una condición exterior de la existencia de cuasicontratos: no se puede separar el sentimiento que anima al donante, de la voluntad que él expresa, para hacer de aquél un elemento independiente y autónomo del contrato.[277]

Primigeniamente no halló acogida en medio de la doctrina conservadora de su espacio-tiempo histórico, pero posteriormente lo secundarían Arthur con su tesis de doctorado "De la Causa en el Derecho Romano y en el Derecho Francés", París, 1878, Timbal (Toulouse, 1882), Baudry-Lacantinerie, Barde ("'Traité de Droit Civil-Obligacións": la causa es una noción esencialmente abstracta y metafísica, **y bien hecha para llenar el derecho de confusiones**, ejemplificando que en aquella época excluyeron el requisito de la causa los códigos de Serbia, Austria, Portugal, México, Montenegro, Japón y Alemania)[278]; también lo seguirían Huc, y Planiol ("Tratado de Derecho Civil"), todos ellos de Francia; Giorgi en Italia; Laurent, Cornil (Gornil para otros) y Dabín en Bélgica. Este último publica "La Teoría de la Causa" en 1919 (en Lieja), que por feliz coincidencia constituye la crítica y refutación más completa del tratado "De la Causa de las Obligaciones" que la escribiera Capitant cuatro años después.

Por otra parte, uno de los más fervientes seguidores del iniciador de la rebelión anticausalista fue Laurent[279], el que, reputando la causa como una noción no jurídica, escribiría al respecto: "La causa es el interés que los guía a contratar y no es necesario que la ley les imponga como condición a los hombres que no pueden contratar sin

---

lo mismo que el objeto de la convención que no es sino la obligación; por lo que su crítica resulta ser innocua.

277 MARIN PEREZ, 1983, p. 177.

278 PESCIO, 1958, pp. 157-158.

279 MARTY, 1952, 1952, p. 883.

interés." Este tratadista concluye que la causa domatiana se confunde con:[280]

a) El consentimiento en los contratos gratuitos, pues la intención de hacer una liberalidad no es sino la voluntad misma.
b) Con el objeto en los contratos bilaterales, en virtud de que la obligación de la otra parte es la contraprestación y, tanto ésta como la prestación constituyen el objeto.
c) Con el objeto ilícito en la causa ilícita.
d) Con el error en la causa falsa.

En todo caso, el gran mérito de estos autores, sobre todo Ernst a partir de su folleto, fue señalar los errores y desvaríos en los que incurrió la teoría clásica. La historia le daría la razón brindando con ello un inmenso aporte al estudio del acto jurídico, el que es reconocido hasta por los causalistas modemos que ya aceptan los desaciertos de la postura clásica.

4.2. Sistema de Dabín[281]

Este jurista se pronuncia de la manera más rotunda por la imposibilidad psicológica de dividir la voluntad, ya que considera el consentimiento como una realidad psicológica indivisible, de modo que por la teoría del fin jurídico, la causa del contrato resulta siendo un suplemento del consentimiento. Cree, además, que la causa no es un ente aislable del consentimiento ya que forma un todo con él, al estar el fin incurso en el consentimiento.[282]

Dabín explica reiteradamente que Domat falsificó el sistema del Derecho Romano con el pretexto de interpretarlo. Y para tener un

280 MARTINEZ ALFARO, 1993, p. 46.
281 DABIN, 1929.
282 DIEZ-PICAZO y GULLÓN, 1980, p. 69.

panorama más amplio de su aserto, enanquemos nuestra atención en algunas especies negociales:

a) La Falsedad en los Contratos Innominados Romanos

El Derecho Romano se inspira en una regla general (absoluta en los primeros tiempos y parcialmente restringida en épocas avanzadas, pero nunca derogada), mediante la cual el solo pacto, acuerdo o convención de las partes no era suficiente para crear obligaciones (*Nuda pacto obligaciones non parit*), para esto eran las solemnidades, que daban vida jurídica a las convenciones y obligaciones resultantes de ellas (*forma dat esse rei*).

Con la finalidad de dar mayor agilidad al tráfico comercial se admitieron Algunas especies contractuales en las que los antiguos ritos solemnes del derecho quiritario quedaban sustituidos por otros requisitos diferentes, apareciendo por ejemplo los contratos *re* (mutuo, comodato, depósito, prenda) donde la entrega o tradición de la cosa serviría para perfeccionarlos; así tenemos los contratos innominados (*do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*), en los que la ejecución de una prestación por una de las partes (*do* o *facio*) era fuente de las obligaciones a cargo de la otra parte (*ut des* o *ut facias*). De estos últimos elementos Domat echaría mano para construir toda su teoría de la causa de las obligaciones en los contratos sinalagmáticos, sin reparar que el supuesto fáctico presuntamente generador de la contrapartida se encuadraba en el ámbito de la causa etiológica y no de la teleológica.

Ante la supresión de las rigurosas formalidades en los contratos innominados, pero con el aún vigente principio general del "*nuda pacto obligaciones non parit*" los juristas inventan para dicho tipo de negocios un requisito reemplazante de aquellas formalidades para que constituya fuente de obligaciones que la simple convención era incapaz de producir. De modo que este elemento recaería en la

ejecución de una prestación por una de las partes que, por equidad, se reconocería jurídicamente la obligatoriedad de las promesas hechas por la otra parte. *Verbi gratia*, en un contrato de transporte de mercancías a cambio de una remuneración, la sola convención no era obligatoria para las partes, pero si la parte verificaba el transporte a su cargo el contrato innominado quedaba perfeccionado e imponía a la otra parte la obligación de pagar la remuneración prometida.

Los contratos innominados romanos eran unilaterales, vale decir que sólo producían obligaciones para uno de los contratantes, cuyo fundamento se encuentra en la ejecución anterior de una prestación por parte del otro contratante. Este factor fundante tiene encarnadura conceptual en un tipo causal de la más pura tradición generatriz, y que Domat le daría otro cariz.

A partir de estos negocios, Domat cree encontrar un ingrediente de reciprocidad que lo aplica a los contratos sinalagmáticos debido a la superficialidad de su análisis de los textos del Digesto; como hemos visto no podemos mezclar situaciones distintas con el pretexto de querer encontrar un sustento doctrinal a la interdependencia sinalagmática.

Como bien sabemos, de Roma se tiene una *babel terminológica* -al decir de Gorla- en lo que respecta a la causa. Dabín también compartiría igual postulado: "Los textos romanos emplean la palabra *causa*, ora en el sentido de motivo, ora en el de intención desinteresada. La *causa* señalada en ellos carece, pues, de toda significación estricta, habiendo nosotros, además, encontrado en el mismo Domat los distintos significados de esa palabra cuando enumera los motivos que hacen las veces de causa."[283]

283 DABIN. 1929. p. 44.

Es decir, de Roma no puede tenerse un criterio único de análisis que puede desembocar en una teoría orgánica de la causa, de modo que Domat interpreta de una manera muy singular y antojadiza los textos clásicos romanos, veamos por qué. "Domat no tuvo en cuenta las diferencias existentes en materia contractual entre el Derecho moderno y el romano, aun el de la última época. En la interpretación que él hace de los textos romanos, se nota la gran despreocupación que le anima, no sólo en la apreciación de su significación histórica, sino en cuanto al valor que el contexto pueda tener. Para él, las mismas palabras reflejan siempre las mismas ideas y tienen una significación absoluta que es idéntica en ambos Derechos."[284]

Es pues, este carácter totalizador el de Domat que le impetra a ver con ojos modernos lo que aconteció en el pasado y, por ende, tratar de acomodar la realidad a su concepción, cuando lo lógico es que la doctrina se acomode a la realidad. Por ejemplo, en el texto del Digesto, 50. 16 *de verborum significacione*, 19: *ultro citroque obigatio*, "la conclusión que Domat pretende deducir de este texto, es ciertamente inadecuada, puesto que de la naturaleza del contrtato sinalagmático no puede deducirse la necesidad de una causa; y cuando proclama que 'la obligación del uno...etc', no *deduce*, sino que nos da tan sólo una deficiente definición del contrato sinalagmático, que requiere fundamentalmente obigaciones para ambas partes *(ultro citroque obligatio.)*"[285]

Luego, Dabín continúa revisando los cinco textos romanos sobre los cuales Domat funda su teoría, demostrando la falta de

284 DABÍN, 1929, p. 27.
285 DABÍN, 1929, p. 28.

sistematicidad de la corriente domatiana y su incorrecta e inadecuada lectura de estos escritos.[286]

b) Falsedad de la Teoría Frente a las *Condictiones Sine Causa*

Un sector de la doctrina ha pretendido sostener la validez de la teoría de la causa a través de la institución romana de la *condictio sine causa*; sin embargo, es importante recordar algunos aspectos que matizan esta aseveración.

En el derecho romano primitivo regía el principio rígidamente formalista de la *forma dat esse rei*, donde la causa final de las manifestaciones de voluntad quedaba excluida. Si una persona hacía una promesa sin fin alguno y sin ánimo de obligarse empleando las fórmulas sacramentales de la *stipulatio*, quedaba obligada y debía cumplir lo prometido: la forma contractual daba existencia a los efectos jurídicos. Cuando la persona ya hubiera cumplido no podía repetir lo dado o pagado con la "*condictio sine causa*" porque para el *accipiens* la *stipulatio* era causa suficiente de su adquisición.

En el derecho honorario las *condictiones sine causa* sirvieron para evitar el enriquecimiento injusto emergente de una adquisición injustificada ante el derecho, imponiendo la restitución mediante el ejercicio de aquellas. No nos referimos a la causa final entendida en el sentido clásico, sino a la causa fontanal de la obligación, ante cuya inexistencia se generaba, a partir de esta figura, una defensa ante probables tropelías emanables de la prepotencia del formalismo avasallador.

Más tarde, el derecho honorario, inspirado en razones de equidad, amplió el marco de las *condictiones sine causa* a los contratos *verbis*

286 Para mayor detalle remitimos al atento lector al capítulo referente a la herencia del Derecho Romano, en la que se ve con amplitud la distorsionada perspectiva domatiana de los contratos innominados.

o *litteris* cuando las partes no hubieran querido realmente obligarse, generando una anuencia de consentimiento pese a la existencia de solemnidades. Pero, aún así, las *condictiones* continuaron siendo un medio para repetir lo dado o pagado, sin declararse los contratos y obligaciones nulos (contra lo que afirmaban los defensores de la teoría clásica.)

Incluso en estado de máximo desarrollo de las *condictiones*, el deudor, en contratos *verbis* o *litteris*, quedaba obligado a pagar, pero si después demostraba que en el contrato había faltado el consentimiento aparentado con el lleno de la solemnidad, podría repetir lo dado o pagado.

Esto es una demostración ostensible del carácter correctivo de las *condictiones*, las que no buscaron la nulidad de las operaciones, simplemente constituyeron medidas que trataron de impedir el enriquecimiento injusto basado en el formalismo ajeno a toda consideración de la voluntad, iluminados por la consideración causal-genética del negocio.

c) Falsedad Frente a la Institución Moderna del Enriquecimiento Injusto

Esta figura consiste en el acrecentamiento del patrimonio de una persona a expensas del de otra, sin que el respectivo desplazamiento de valores se haya efectuado por un medio justificado ante el derecho.

Dabín[287] a la sazón manifiesta: "Pero esto tampoco tiene nada que ver con esa teoría de la causa que considera que no puede haber obligación cuando el deudor no alcanza el fin directo e inmediato que se propone al obligarse. Sólo por espejismo se puede dar a la palabra causa el mismo significado que tiene en la institución del enriquecimiento injusto o sin causa."

287 0SPINA y OSPINA, 1980 p. 283.

Por ejemplo en la aplicación más frecuente de la Institución del enriquecimiento sin causa, tenemos el caso del pago de lo no debido o pago sin causa, expresión que se refiere a la inexistencia de la obligación que necesariamente debe preexistir a todo pago, ya que éste es un medio de extinguir las obligaciones: si no hay obligación, el pago no produce su efecto propio porque no se puede extinguir lo que no existe, produciéndose por ende un pago sin causa o pago de lo no debido.

De modo que la institución del enriquecimiento injusto y su aplicación en el pago de lo no debido no es una confirmación de la teoría domatiana, su configuración responde a una consideración enteramente distinta que tiene su raíz en un significado y naturaleza diferentes, vecinos a la noción de causa fuente y no a la final.

d) La Causa según Domat

Según Dabín, Domat trata de aplicar la noción de causa de los contratos sinalagmáticos a los contratos unilaterales reales, pero cae en el despropósito de que la fórmula no cobra feliz resultado.

Por su parte, Dabín cree que Domat realizó una generalización de la causa en el terreno de los contratos reales, ya que primigeniamente esta noción estaba diseñada sólo para los contratos sinalagmáticos:[288] "Parece, pues, que los contratos *unilaterales* como el mutuo, el comodato y el depósito, no podrían ser comprendidos en tal categoría de convenciones; pero Domat los incluye, sin embargo, aunque con cierta reserva; al decir: '*aun en los contratos en que sólo parece quedar obligada una de las partes, como ocurre, por ejemplo, en el préstamo, la obligación del prestatario no habría nacido de no ser precedida por la indispensable entrega hecha por el prestamista*'... Cuando Domat habló de causa, es evidente que debió pensar, en primer lugar, en

288 Cfr. DABIN. 1929, pp. 20-22.

los contratos sinalagmáticos, en los que, según propia expresión, '*las transacciones nada tienen de gratuitas*'. En tal hipótesis es cuando afirma categóricamente las reglas *do ut des*, *facio ut facias* y agrega que '*la obligación de cada una de las partes encuentra su fundamento apropiado en la del otro*'; es decir, que ambas obligaciones se sirven mutuamente de Causa. Con facilidad se comprende, que al indicar luego '*aun en las obligaciones en que uno solo parece obligado...*' quiere significar, simplemente, que en los contratos reales, como en los sinalagmáticos, y al contrario de lo que ocurre en las donaciones, ambas partes '*hacen* o *dan*' así, por ejemplo, el acreedor entrega la cosa y después el deudor, por su parte, se obliga a devolverla...

Cuando Domat habla de los contratos reales, pretende señalar la *homogeneidad*, la unidad de la noción de causa, condición de validez en todas las obligaciones contractuales: *nulla obligatio sine causa*...

En los contratos reales, además, '*la obligación que en provecho de uno de los contratantes nace*' -piénsese en el caso del prestamista-, no tiene su causa '*en la del* otro', es decir, en la del prestatario, puesto que éste nada hizo ni nada prestó. **La fórmula** es, **pues, inaplicable a los contratos** reales, con lo que se nos prueba, hasta la evidencia, que a pesar de su deseo de mostrar una causa homogénea y general, Domat piensa, en realidad, en los contratos sinalagmáticos, tanto al fin como en el comienzo del párrafo, viéndose obligado a volver a ellos, como a la razón primera de su teoría, sin que su pensamiento inicial se deje velar por esa fórmula vaga, con tanta intención elegida.

Si Domat, pues, habla de contratos *reales*, es menos para afirmar, de modo expreso, la existencia de una causa en la materia, que para demostrar la posibilidad de extender -con una fórmula en realidad enervada y ampliada- a toda otra clase de contratos, que no sean las donaciones, una teoría que si bien encuentra su campo de aplicación

en materia de contratos sinalagmáticos, cree que debe generalizarse apoyándose para ello en el Digesto."

Recordemos que para Domat, la causa de la obligación de una parte consiste en la obligación de la otra, lo que haría imposible de aplicar en un contrato real si consideramos, por ejemplo, que la causa de la obligación del prestamista se encuentra en la obligación del prestatario, siendo inaplicable por cuanto no ha nacido aún el negocio, por ello es que se dice que "aun en las obligaciones en que sólo parece quedar obligada una de las partes, como ocurre, por ejemplo, en el préstamo, la obligación del prestatario no habría nacido de no ser precedida por la indispensable entrega hecha por el pretamista", con lo cual la causa fin en los contratos reales se presenta identificada con la causa fuente de la obligación, es decir con la entrega del bien, la prestación, la *datio*, causa fuente o hecho generador, como lo sostiene el grueso de la doctrina[289], aunque para Dabín Domat no se refiera al contrato real.

De la misma manera, Dabín manifiesta: "Domat no quiere decir -y en realidad no lo dice- que la *datio* sea la causa de la obligación, toda vez que ello sería ir en contra de lo que trata de conseguir. No obstante su formulación, esta *datio* erigida en causa independiente, se nos aparece en seguida como un algo *distinto* de la causa del contrato sinalagmático, por lo que el analizador sólo podría ver en ella la causa generadora o la *condición* de la obligación de devolver. Y este no puede ser, en modo alguno, el punto de vista de Domat,

289 Según Josserand (Cfr. JOSSERAND, 1950, p. 104), en su apología a la causa clásica, dice: "Por lo que respecta a los contratos reales... la causa de la obligación es al mismo tiempo su hecho gnerador, su causa eficiente; pero no existe en esto ninguna contradicción; la misma prestación puede desempeñar los dos papeles de causa final y de causa eficiente."

puesto que considera la *datio*, no como hecho generador o condición, sino como la contraprestación obligada."[290]

En términos generales, Dabín piensa que Domat no se refirió a los contratos reales, sino sólo a los sinalagmáticos y a los gratuitos, y que por extensión consideró la causa de los contratos sinalagmáticos a la causa de los contratos unilaterales, porque al interpretar incorrectamente los textos romanos pensó que la causa de los contratos sinalagmáticos podía aplicarse a toda la gama contractual. Este punto de vista, no es compartido por el grueso de la doctrina, que, según vimos en el capítulo correspondiente a la causa de los contratos reales, piensa que Domat sí concibió la causa en este tipo de contratos, pero que se subsume dentro de los trebejos de la causa fuente o hecho generador del contrato.

En todo caso la crítica de Dabín a Domat puede ser también válida si reparamos en que para este autor, Domat elastizó una interpretación incorrecta de los textos romanos vía contrato innominado, a los contratos reales, con el fin de homogenizar una concepción que a todas luces resulta incorrecta.

Por otra parte, Dabín ataca los contratos sinalagmáticos, manifestando que la supuesta causa que Domat ve en el juego de las mutuas contraprestaciones que se sirven de sustento, cree encontrar tal interdependencia en la voluntad misma de los agentes contractuales y no en un elemento causal inexacto y externo, así:[291] "Si examinamos dicha teoría desde un punto de vista estrictamente jurídico, se notará, prescindiendo de las razones de este hecho que explican su nacimiento, que está cimentada en el principio de que todas las obligaciones, aun las sinalagmáticas, constituyen entidades *interdependientes*. Esta teoría vendría, pues, a corregir aquel principio

290 DABÍN, 1929, p. 23.
291 DABÍN, 1929, p. 26.

de Derecho estricto, exigiendo como requisito, para la validez de toda obligación, la existencia de una causa, de una obligación correlativa y equivalente de la primera, con lo que la función de la teoría se reduciría a hacer mutuamente dependientes los compromisos aceptados por las partes.

Este sistema no se explica en una legislación que reconozca fuerza obligatoria a la simple convención, toda vez que el acuerdo de voluntades es suficiente para generar obligaciones que, *por la voluntad de las partes, son recíprocas.* La inexistencia de obligación correlativa para Algunas de las partes es inconcebible; es decir, que si uno de los contratantes no quedase obligado por carecer la convención de objeto, por ejemplo, '*nada existiría* entre las partes…

Del hecho de que sea suficiente el simple acuerdo de voluntades para dar nacimiento a obligaciones recíprocas, se desprende que éstas surgen *contemporáneas y dependientes*: la una no puede ser *causa* de la otra. Hablando de esta causa mutua y recíproca a la vez, es como nos podemos dar cuenta de la falsedad de la teoría y de que, con sólo un soplo, se viene a tierra toda la tesis de Domat.

Como se podrá observar, Dabín trata de demostrar que en un sistema en el cual la voluntad es la fuente generadora de las obligaciones, -modemamente estaría matizado este principio de autonomía de la voluntad por el peso del orden público, las buenas costumbres y la función social del negocio- de donde el consentimiento de las partes contratantes se manifiesta, en una compraventa por ejemplo, no sólo en una obligación particular e independiente de entregar algo, sino que esa voluntad se expresa en general, o sea, en la voluntad de entregar algo a cambio de un precio que se recibe, y de la otra parte sucede lo mismo, es decir, su voluntad de entregar el precio no reside sólamente en la obligación de pagar por pagar, sino en pagar porque se intenta recibir la cosa. De esta forma, si se observa

el negocio sinalagmático como el juego de ambas obligaciones, la misma naturaleza de este contrato, y consecuentemente las voluntades de los agentes, son los que explican la interdependencia de las obligaciones, sin ninguna necesidad de hacer coligar ambas obligaciones -del vendedor y comprador- a través de una falsa causa, que considera desunidas dichas prestaciones, cuando en verdad ya se encuentran unidas por obra de la voluntad.

De otra parte, en el capítulo referente a la causa en la Edad Media, vimos que el principio de interdependencia de las obligaciones no fue el resultado de la teoría de la causa, sino al revés, con lo cual, la sogénesis o nacimiento de obligaciones que son causa la una de la otra, es falsa, porque la causa mutua y recíproca no viene a unir nada ni a atar nada que no lo haya atado ya el consentimiento interdependiente.

Por otra parte, en lo que respecta a los contratos a título gratuito, Dabín piensa que Domat en esta materia rompe la armonía del sistema causal por cuanto ve la causa en este tipo de contratos en el motivo o en el ánimo de liberalidad, con lo cual resulta un concepto antitético del de la causa en los contratos sinalagamáticos que lo reconducía a un elemento más objetivo enancado en el juego de las contraprestaciones, veamos: "La dualidad en este caso es evidente. Si la causa se encuentra en el servicio prestado, o en el mérito personal del donatario, se podrá disculpar, en rigor, la conclusión de Domat, puesto que para él 'el motivo sirve de causa, por parte del que recibe y nada da', al responder al gesto de liberalidad del donante a algo que encontró en el beneficiario. Pero ¿y si la causa consiste en el simple deseo de hacer el bien? En este caso, no se encuentra ya ese vínculo de parentesco que él trata de establecer entre la causa de la obligación derivada de un contrato sinalagmático, y la de la simple liberalidad, sino que la antítesis es evidente, puesto que el donante

se obliga aquí sin causa. Con esto queda destruida, pues, la armonía del sistema."[292]

Una vez más, la teoría de Domat resulta falsa con respecto a los contratos gratuitos. Si se pretende inaugurar una concepción con respecto a las obligaciones, ésta no debe fracasar en ningún aspecto, y si fracasa ya no es ni útil ni válida. Pero no se crea que solamente en este extremo se rompe la unidad de esta doctrina, sino que resulta totalmente super-erogatoria: "La tentativa de Domat -sigue Dabín- de encontrar una causa en materia de donaciones, constituye, pues, un lamentable fracaso, toda vez que la obligación del donante se caracteriza precisamente por la falta de causa, sin que la presencia de un motivo cualquiera constituya condición obligada para la validez. Domat mismo reconoce implícitamente su yerro, puesto que todos los motivos que señala son distintos entre sí y ninguno de ellos necesario.

Suele preguntarse entonces por qué trata de salvar las apariencias y se obstina en hablamos de causa a propósito de las liberalidades, en vez de limitar su teoría a los contratos sinalagmáticos.

La respuesta no ofrecerá dificultad Alguna, si pensamos que Domat creyó de buena fe que éste era el sistema adoptado por el Derecho romano. El principio: *nulla obligatio sine causa* le pareció desprenderse del Digesto,...que suponía una *promesa* sin causa, sin detenerse a pensar en las diferencias exitentes entre la obligación derivada de un contrato sinalagmático y la que surgía de una liberalidad. Le pareció, además, que su interpretación estaba confirmada por varios textos del título *de las donaciones*, que hablan de una *causa donandi*, cuando, precisamente si los jurisconsultos romanos emplearon tal expresión, lo fue sin atribuirle significación

292 DABÍN, 1929, p. 39.

técnica alguna y, por lo tanto, sin pretender que se considerara ese elemento como esencial para la validez de la donación."[293]

De todo ello desprendemos que la causa en las liberalidades se confunde con el motivo del consentimiento, o con el consentimiento mismo (*animus donandi*), rompiendo la armonía del sistema y contrariando la noción de causa de los negocios sinalagmáticos en los que la contraprestación fungía de causa; y tampoco debemos olvidar que la causa en estos últimos contratos es falsa porque la interdependencia de las obligaciones nace no como consecuencia de la presencia de causa como elemento, sino de la actuación de la propia voluntad que se manifiesta no sobre una obligación independiente sino sobre una i*nterdependiente y coligada.*

e) La Causa en Pothier

Dabín cree que cuando Pothier divide a los contratos en oneroros y gratuitos, y ya no en sinalagmáticos y liberalidades como lo hiciera Domat (recuérdese que para Dabín, Domat no trata de la causa en los contratos reales), estaría confundiendo los contratos sinalagmáticos con los onerosos, así: "Mientras los contratos sinalagmáticos suponen *obligaciones* recíprocas, los onerosos implican *ventajas* para ambas partes, y el beneficio que cada una de las partes obtiene, no consiste necesariamente en la obligación contraída por la otra; todo ello aparte de que si los contratos sinalagmáticos son todos onerosos, la recíproca no es igualmente cierta."[294]

De esta forma Dabín piensa que existe falta de coherencia en esta nueva terminología por cuanto se confunde lo sinalagmático con lo oneroso. De otra parte, Dabín refiere que Pothier -al igual que Domat- no se ocuparon de los contratos reales, diciendo al respecto:

293 DABÍN, 1929, pp. 41-42.

294 DABÍN, 1929, p. 46.

"Quizás se pretenda encontrar una alusión directa a los contratos *reales* en el comienzo del pasaje, cuando se nos dice que: 'en los contratos onerosos, la causa del compromiso contraído por una de las partes se encuentra en lo que la otra parte da, o se obliga a dar, o en el riesgo que asume'.

¿No habrá aquí, tal vez, una intenciónada oposición entre los contratos sinalagmáticos puramente consensuales, y los unilaterales que nacen *re*, por la entrega de la cosa? Es preciso rechazar semejante interpretación, ya que la fragilidad del argumento se demuestra con sólo anotar que Pothier habla de los contratos onerosos en oposición a los de beneficencia y que la mayoría de los reales se encuentran entre estos últimos.

Bajo la denominación de 'contratos onerosos', Pothier comprende los conmutativos, en los que existe un cambio de prestaciones, y los contratos aleatorios; no quedando, por lo tanto, lugar en tal división, para los contratos reales propiamente dichos. La palabra *da* se le escapó a Pothier, como un *lapsus calami*, que fue corregido inmediatamente al añadir 'o se obliga a dar'.

En conclusión, no sólo no aplica Pothier la teoría de la causa a los contratos reales, sino que ni siquiera alude a ellos. La distinción que hace entre contratos onerosos y contratos de liberaliad podemos, pues, decir, que sigue la huellas de la ya hecha por Domat entre contratos 'en que ambas partes hacen o dan' y contratos 'en que sólo una de las partes hace o da."[295]

Es decir, Dabín considera que ni Domat ni Pothier han aludido a la causa de los contratos unilaterales o reales en sí, sino que han considerado sólamente dos especies contractuales: los contratos sinalagmáticos y los gratuitos. Sin embargo, es necesario rescatar

295 DABÍN, 1929, p. 49.

que Dabín consideró que esta supuesta causa fin que la doctrina ve en los contratos reales no era otra cosa más que su causa eficiente: "Excepción hecha del *depósito*, que podemos considerar como contrato gratuito, porque el depositario tiene la obligación de conservar y custodiar la cosa sin remuneración por ello, todos los contratos reales escapan a la teoría de la causa, ya que la obligación de devolver no puede encontrarse ni en una obligación recíproca ni en una intención de liberalidad. Esta entrega de la cosa que se califica de *causa*, no es sino la causa *generadora* o, con más exactitud, el requisito *ineludible* de la obligación de devolver, que nada tiene de específicamente contractual. Así en el caso del comodato será originada por el hecho de la detentación de la cosa ajena, quedando sancionada por la reivindicación; y en el mutuo, se derivará del principio del enriquecimiento injusto. El origen *voluntario* de la entrega de la cosa en nada puede modificar la naturaleza propia de esa obligación de restituir."[296]

Con todo ello, la obligación de restituir nace de la propia naturaleza del contrato real, teniendo una causa fuente constituida por la entrega previa del bien, derivando dicha entrega de la operación misma y no del carácter contractual del negocio. De la misma forma, Dabín respaldó todo este discurso de su libro publicado en 1919, con la aseveración inserta en 1928 en el prólogo de la traduccción de su texto al castellano por el Dr. Francisco Pelsmaeker, manifiestando en la p. XI lo siguiente: "Dejamos a un lado los contratos reales, en los que la teoría de la causa parece haber sido introducida realmente de una manera adventicia más bien... Sea lo que fuere, se hace imposible decir con Capitant que en el préstamo y en la prenda, la obligación contraída por el prestatario o el acreedor pignoraticio de restituir la cosa, tiene por causa, es decir, por fin determinante, la propia entrega

296 DABÍN, 1929, p. 67.

de la misma y ello, aun cuando el prestamista se hubiese obligado con anterioridad a proporcionar la cantidad. Resulta bien claro, además, que la obligación de restituir sólo existirá en realidad si esa cantidad fue efectivamente entregada: la entrega de esa cantidad, es, pues, lo que constituye, y sólo ella la puede constituir, la causa eficiente o la condición *sine qua non* de la obligación de restituir."[297]

En otras palabras, lo que trata de manifestar Dabín es la imposibilidad de anexar el fin determinante del prestatario, por ejemplo, al hecho de la entrega de la cosa o la cantidad, puesto que ésta constituye su causa fuente, su evento generador, su causa eficiente si se gusta. Con lo cual arribamos al convencimiento que, ya sea que Domat y Pothier hayan o no tocado el tema de los contratos reales, según la opinión de Dabín, esta causa fin se confunde con bastante facilidad con su causa eficiente, y es por eso que Dabín no desea tocar el tema de los contratos reales cuando empieza a estudiar la teoría de Capitant sobre la causa de las obligaciones que surgen de los contratos sinalagmáticos, donaciones entre vivos y promesa de pagar una deuda preexistente, sin dar mayor relieve a los contratos unilaterales.

De otra parte, veamos ahora cuál es el tratamiento endilgado por Pothier, según el punto de vista de Dabín, a los contratos onerosos y a las liberalidades. En lo que respecta a los contratos onerosos, este autor opinó que Pothier no se separó mucho de las Nociones de Domat acerca del contrato sinalagmático: "En los contratos onerosos, -parafrasea Dabín a Pothier-, la causa del compromiso contraído por una de las partes, está consituída por lo que la otra da o se obliga a dar, o en el riesgo que asume."

297 DABÍN, 1929 p. XI.

Pothier parece, pues, indicar con ello, que la causa del compromiso contraído por cada una de las partes, está constituída por el *objeto* de la obligación de la otra. Mas con esta fórmula elíptica, el autor se refiere, en realidad, al objeto *prometido*, a la prestación *obligatoria*, a la promesa de una prestación. Con el siguiente texto queda desvanecida toda duda sobre el particular: 'si él (el comprador) se obliga a pagar el precio, no es condicionándolo a la entrega de la cosa por el vendedor, sino más bien a condición de que éste se obligue, por su parte, a hacérsela recibir. Es, pues, suficiente con que el vendedor se haya obligado válidamente y no falte a sus deberes, para que la obligación del 'comprador tenga una causa y por tanto subsista'. Viene a ser, reproducida fielmente, la fórmula de Domat: la obligación de una de las partes es el fundamento (el requisito) de la de la otra."[298]

No obstante ello, pese a que Dabín considera que Pothier, una vez más, sigue los pasos de Domat en materia de contratos onerosos -extremo no compartido por la doctrina, como lo comprobamos en el capítulo referido a la causa clásica- repugna la validez de la causa en los contratos sinalagmáticos, o de los onerosos, de la siguiente forma: "En los contratos *sinalagmáticos* es donde la teoría de la causa encuentra ambiente propicio. De ellos nació y de su seno se la quiso hacer irradiar sobre campos extraños y hostiles, en virtud de pretendidas razones literales, completamente extrañas a su naturaleza y principios.

¿Cuál es, por tanto, el valor de la teoría considerada en su ambiente propio? Desgraciadamente ni aun aquí le tiene, pues fue importada a él en virtud de argumentos tan falaces como los que sirvieron para extenderla a aquellos otros. Si la teoría de la causa ha encontrado campo de aplicación, al parecer propicio, en

298 DABÍN, 1929, p. 50.

materia sinalagmática, es porque Domat confundió los *contratos sinalagmáticos* con los *innominados del Derecho romano.*

Para que la validez de la obligación exija una causa, hay que pensar en un sistema donde la obligación tenga existencia independiente de la obligación correlativa, estableciendo así dicha teoría el lazo de unión entre ambas obligaciones. Mas en los contratos sinalagmáticos dicha unión existe siempre, y siempre se presenta también con carácter de necesidad, porque esa dependencia mutua de las obligaciones deriva de la voluntad creadora de las partes, que gozan de un poder susceptible, no sólo de crear obligaciones, sino de hacerlas mutuamente *dependientes.*

Y esta es, precisamente, la carácterística del contrato sinalagmático. El *consensus* no recae *separadamente* sobre cada obligación, lo cual permitiría que surgiera con independencia cada una de ellas y explicaría, en realidad, la necesidad de una causa; el consentimento en ellos recae sobre ambas obligaciones *conjuntamente.*"[299]

A partir de ello, sea que ambos padres del causalismo clásico concuerden o discrepen en sus postulados con respecto a los contratos sinalagmáticos y los onerosos, será la propia naturaleza de este tipo contractual la que se encargue de desbaratar la pretendida utilidad y veracidad del concepto causal. Y esta naturaleza hace un reenvío doctrinario a la voluntad o el consentimiento de los agentes recaíble sobre las obligaciones interdependientes, que hace innecesaria toda alusión a un elemento causídico que viene a repetir figuras tratadas por otras instituciones, en clara demostración de su superfluidad.

299 DABÍN, 1929, pp. 67-68.

Ahora bien, conviene tratar finalmente, el planteamiento de Pothier con respecto a las liberalidades desde la perspectiva de Dabín, así: "La intención de liberalidad que actúa como causa se encuentra, pues, necesariamente, en todas las donaciones, incluso en aquellas que sólo vienen a satisfacer sentimientos de venganza; de donde deberá deducirse que intención de liberalidad y voluntad del donante se confunden; y que ese deseo de despojarse sin equivalente, es, en definitiva, el consentimiento propio de las donaciones.

Pothier sustituye aquellos *motivos* heterógenos de Domat, que malamente servían de causa, pues no se contaban entre los elementos necesarios del contrato, por una noción uniforme, que es inofensiva por razón de su total insignificancia."[300]

Entonces, según Dabín, Pothier se alejaría de Domat en el punto en que no considera como aquél los *motivos justos* y *razonables*, de modo tal que el sentimiento de liberalidad se confundiría con la intención misma, es decir, con la voluntad del agente. Sin embargo, aquí también la doctrina discrepa un tanto como puede revisarse de lo anotado en el capítulo de la causa clásica- porque se cree que la noción de Domat, en materia de liberalidades, circula tanto por los *motivos* como por el *animus donandi*, con lo cual Pothier no estaría muy lejos de Domat, aunque arribemos a la misma conclusión a la que arriba Dabín, al manifestar que basta con el consentimiento en este tipo de operaciones, siendo innecesaria la causa y consecuentemente su teoría.

f) La Causa en el Código Civil

A través del análisis de las concepciones primigenias de Domat y Pothier, desde el carril ideológico de Dabín, se llega a la conclusión de que la teoría de la causa, producto de un error histórico, sólo

300 DABÍN, 1929, p. 55.

representa, en realidad, una concepción falta de todo valor lógico y jurídico[301], es decir, *un verdadero adefesio jurídico.* Sin embargo, veamos ahora, siempre a través de la mirilla de Dabín a quien venimos escrutando, cómo fue recepcionada la concepción clásica de la causa en los entresijos del Código Napoleónico, en boca de los redactores del mismo.

Dabín piensa que del examen de las opiniones vertidas por los redactores del Code Napoleón tales como Bigot-Préamenue y Portalis, se pensó solamente en los contratos onerosos y gratuitos, dejando de lado los contratos reales:

"...Subsiste la duda de si los redactores del Código quisieron separarse de Domat y Pothier. ¿Qué decidir? Creemos que debe contestarse con la negativa más rotunda. Ya hemos visto cómo Pothier sigila los contratos reales, excluyéndolos implícitamente, y cómo si Domat hizo alusión a uno de ellos –al préstamo de dinero- no dijo nunca que en él la causa de la obligación de devolver se encontrase en la intención de liberalidad... Así desapareció de los *Trabajos preparatorios* todo rastro de los contratos reales como tales. Estos contratos no quedan sujetos en especial a la teoría de la causa; y si le están de algún modo sometidos, es tan sólo en aquella medida, muy general y muy vaga, en que *todas las obligaciones han de tener causa.*"[302].

De esta forma, según Dabín, el Código Civil Francés de 1804, sigue las directrices propuestas por Domat y Pothier en sus escritos, enfatizando que la teoría de la causa elude el tratamiento de los contratos reales como categoría independiente, pero no por ello deja de expresar, como vimos en el acápite anterior, su crítica que pasa por identificar esa supuesta causa fin en los contratos unilaterales

301 DABÍN, 1929, p. 77.

302 DABÍN, 1929 pp. 58-59.

con la causa fuente o etiológica de este tipo de contratos. Demás está hacer alusión a los comentarios de Dabín acerca de la causa en los contratos sinalagmáticos, u onerosos según el caso, o hasta de las liberalidades, so pena de reproducir lo expresado *ut antea.*

Sin embargo, es pertinente realizar una aclaración final. Si bien es cierto que Dabín realiza una interpretación muy particular del causalismo clásico, éste discrepa con la lectura de la misma teoría que hace el grueso de la doctrina que se puede corroborar en el capítulo anterior-, mediante el cual entre Domat y Pothier existieron muchas imprecisiones y falta de sistematicidad, pasando por la consideración de que estos autores sí aludieron a la causa en los contratos reales, desde puntos de vista singulares por cierto, y que lo propio se hizo en el seno del Código Civil. Sin embargo, lejos de entretenemos en estos malabarismos, se llega a la misma conclusión en el sentido de que Domat interpretó incorrectamente los textos romanos, sobre todo en lo atinente a los contratos innominados, arrastrando su concepción a los contratos sinalagmáticos, y de allí a los gratuitos. También se comparte su visión de falsedad de la causa en los contratos sinalgamáticos por corresponder a la propia noción de la voluntad generadora de obligaciones interdependientes; lo mismo ocurre en las liberalidades, donde el consentimiento se confunde con la intención de liberalidad. Baste esta aclaración preliminar para curamos en salud de posibles críticas sobre presunta falta de consecuencia o coherencia doctrinaria.

5. FALSEDAD DE LA TEORÍA CLÁSICA

a) Falsedad en los Contratos Sinalagmáticos Modernos

La consensualidad de los contratos (y de los actos jurídicos), es uno de los postulados en el Derecho Moderno: Para su perfección y eficacia basta la manifestación de voluntad, salvo algunos que

necesitan solemnidades. Por esta razón es que desaparecieron los contratos innominados.

Dabín piensa que la sola naturaleza específica del moderno contrato bilateral explica la interdependencia de las obligaciones que éste produce, sin recurrir al requisito de Domat consistente en el fin directo e inmediato perseguido por cada uno de los contratantes. O ambas partes consienten en que el contrato produzca obligaciones recíprocas entre ellas (*ultro citroque obligatio*) o el contrato sinalagmático no puede perfeccionarse por falta del consentimiento adecuado.

Está en el consentimiento mismo de las partes que el contrato sea sinalagmático y genere efecto como tal; por ejemplo, en la compraventa de una casa, el vendedor por acto único e indivisible de su voluntad, consiente en contraer la obligación de transferir la propiedad de la casa a cambio del precio estipulado, y es arbitrario suponer en él dos actos intelectuales diferentes e independientes: Uno para la ejecución de la casa (consentimiento) y otro para la consecución del precio (causa).

Domat con superficialidad, quiso trasladar al sistema contractual moderno el sistema romano olvidando las diferencias profundas, por el hecho de haberse negado en el Derecho Romano la eficacia de la voluntad, atribuible a hechos distintos como la observancia de una solemnidad, la entrega o tradición de una cosa o la ejecución de una prestación; mientras que en el Derecho Moderno se reconoce plena eficacia a la voluntad privada.

Entonces el *consensus* no recae separadamente sobre cada obligación sino conjuntamente sobre ambas obligaciones en un acto unitivo e integral; según Dabín: “exigir, además, una causa implica no comprender lo que es un contrato sinalagmático.”

Por su parte Planiol fórmula la siguiente pregunta: ¿la obligación de una parte es causa de la obligación de la otra? La teoría clásica da una respuesta positiva, sin embargo, existe, para eso, una imposibilidad lógica que se explica de la siguiente manera: derivándose ambas obligaciones del mismo contrato, nacen al mismo tiempo (*sogénesis*), es imposible que cada una de ellas sea causa de la otra, pues el efecto y su causa no pueden ser contemporáneos; si cada una de las dos obligaciones es efecto de la existencia de la otra, ninguna de ellas puede nacer. Incomprensible es este fenómeno de producción mutua: por tanto, la idea de causa es falsa.

Como en los contratos bilaterales la causa de la obligación de una de las partes es la obligación de la otra, se entiende que si una obligación es causa de la otra entonces habría una relación de causa a efecto entre las mismas; vale decir, una es causa de la otra y esta última es efecto de la primera, y viceversa. Pero como la relación de causa a efecto implica anterioridad de una obligación y posterioridad de la otra, lo que resulta falso en esta teoría por cuanto en verdad no acontece esa relación de causalidad entre las obligaciones derivadas de un contrato bilateral puesto que en estas obligaciones no nace primero una y otra después, sino que las dos nacen simultáneamente como consecuencia del contrato, y en este nacimiento simultáneo radica la falsedad de la doctrina clásica, pues no es posible que una obligación tenga por causa la obligación de la otra parte.

Hay imposibilidad lógica de que las obligaciones que nacen al mismo tiempo (exactamente contemporáneas[303]) sean causa de la obligación correlativa; efecto y causa no pueden ser exactamente

303 Según Alessandri la lógica dice que la causa debe preceder al efecto en un momento siquiera. Cfr. ALESSANDRI RODRIGUEZ, 1936. pp. 53-54.

contemporáneos, si cada una de las obligaciones es el efecto de la otra, ninguna puede nacer.[304]

Por otra parte, en la doctrina nacional Taboada incurre en una inconsecuencia cuando trata de eliminar el concepto de causa final clásica de los contratos sinalagmáticos, no fundándose en la imposibilidad de sogénesis de Planiol, sino en el siguiente pensamiento: "Pero, *¿es posible sostener que las obligaciones recíprocas nacidas de un contrato sinalagmático sean un elemento de formación de dicho contrato*? Evidentemente no, pues, mientras el contrato es un *negocio jurídico plurilateral* (en el que participan dos o más partes) destinado a la creación (modificación, regulación o extinción) de relaciones jurídicas patrimoniales entre personas, las *obligaciones* son precisamente aquellas relaciones jurídicas de carácter patrimonial que nacen de los contratos...

Y como es sabido y aceptado universalmente por la doctrina, los efectos jurídicos no son elementos de los hechos jurídicos, sino más bien la consecuencia de la existencia previa de los mismos. No se puede afirmar en modo alguno que el efecto jurídico sea elemento

304 Para sorpresa nuestra en el interin de nuestra investigación jurídica hemos encontrado un documento rubricado por Ripert y Planiol en el que parece encontrarse una opinión contradictoria de la propia afirmación de Planiol *ad literam:* Se ha dicho que es lógicamente imposible considerar en los contratos sinalagmáticos la obligación de una de las partes como causa de la otra, ya que nacen simultáneamente y sería un círculo vicioso. Pero esa crítica, que evidentemente no vaya contra la concepción de la causa consagrada como equivalente impuesto por la idea de justicia, carece de efectos plenamente contra la doctrina clásica que estima la causa, no como causa eficiente sino como causa final. Nada impide que dos finalidades por venir constituyan las causas determinantes de dos voluntades contractuales." Sin embargo, ello no significa que la causa de la obligación en los contratos sinalagmáticos no sea falsa, por cuanto el carácter sinalagmático de este tipo de contratos depende de su propia naturaleza, la misma que se funda en la interdependencia de las obligaciones que no es resultado de la aplicación de la causa final, sino como lo vimos en el capítulo referente a la Edad Media, a un sistema de valoraciones en conjunción con su realidad, que motivó la creación de mecanismos de defensa frente a situasiones injustas. (Cfr. PLANIOL y RIPERT, 1946. p. 365).

de formación del hecho jurídico que lo ha generado, pues para que exista o nazca el efecto jurídico debe haberse formado y existir previamente el hecho jurídico generador del mismo.[305]

En otras palabras, por un lado Taboada piensa que Planiol está errado ya que al hablar sobre la imposibilidad del nacimiento simultáneo de las obligaciones, se está refiriendo a la causa eficiente y no a la final.[306] Mientras que por otro lado, manifiesta que las obligaciones correlativas no pueden ser elemento de formación del contrato por cuanto toda obligación es efecto del contrato, no pudiendo ser parte de aquello que lo forma: el efecto-obligación no puede hacer parte como elemento de formación de la causa-contrato que genera la obligación.

Sin embargo, Taboada no es consecuente consigo mismo: para criticar a Planiol refiere que éste utiliza un significado que corresponde a la causa eficiente y no a la causa final; pero por otro lado, olvida el plantemiento final de la causa y utiliza una versión eficiente de la misma para negar la imposibilidad del nacimiento simultáneo de las obligaciones. Es decir, con una mano niega lo que con la otra escribe: primero dice que la causa final hace que las obligaciones nazcan simultáneamente, pero por otro lado manifiesta que por la causa eficiente estas obligaciones no pueden nacer simultáneamente porque son consencuencia de los contratos. Con ello incurre en el mismo error que le critica a Planiol, con la única diferencia de que

305 TABOADA, 1996, p. 143.

306 "Esta premisa que es verdadera en tanto referida a la causa eficiente resulta ser completamente falsa cuando se la intenta aplicar a la noción de causa elaborada por la teoría clásica... en los contratos sinalagmáticos; ya que, cuando los autores causalistas afirman que en un contrato sinalagmático la causa de la obligación de cada una de las partes es la obligación correlativa no dicen que cada una de ellas sea el efecto de la existencia de la otra obligación recíproca sino que cada una de las obligaciones recíprocas requiere de la otra en el sentido de ser mutuamente dependientes." (Cfr. TABOADA, 1996, p. 142).

ahora ya no ubica la causa eficiente dentro de la relación obligación-obligación, sino en la de contrato-obligación.

Pero si fuera más firme consigo mismo, y de seguir utilizando el criterio reseñado, el propio autor resultaría criticado por su mismo argumento, por cuanto en la relación contrato-obligación no mediaría sólamente una causación eficiente, sino también una final porque la *idea* o *la consideración* de la contraprestación, y no ésta, sería la que formaría parte del origen del contrato a modo de causa final. Lo único que habría que hacer para rebatir a Taboada es utilizar la tesis que emplea para aplastar a Planiol, con la variedad de que ahora no se va de la causa final a la eficiente, sino al revés. O sea, diríamos: Planiol está mal porque no debe referirse a la causa final, sino a la eficiente, y con Taboada diríamos: está mal porque no debe referirse a la causa eficiente sino a la final.

Finalmente, sea que Planiol o Taboada se contradigan o no, "no hay necesidad, realmente, de acudir a la teoría de la causa para explicar el carácter sinalagmático de las obligaciones que surgen de un contrato que por definición es sinalagmático. Por definición: es decir, 1º En la realidad misma de las cosas, puesto que cada una de las partes sólo entendió obligarse sinalagmáticamente; 2º Jurídicamente considerado, puesto que en nuestro sistema jurídico moderno *la voluntad -entiéndase la voluntad psicológica- es, como afirma el mismo Capitant, el elemento esencial de la relación contractual.*"[307]

De modo que esta misma naturaleza sinalagmática sería la que explicaría el fundamento de los contratos sinalagmáticos sin utilizar la causa final. ¿Y cuál es el fundamento de este fundamento? Obviamente la interdependencia de las obligaciones ¿y cuál es el fundamento del fundamento de ese fundamento?, ya lo dijimos en

307 DABIN, 1929, p. XIV.

el capítulo referido a la causa en la Edad Media, la idea de justicia, la equidad, aplicada a la resolución de casos arbitrarios que demandó la misma realidad, a través del empleo del pacto comisorio, *exceptio non adimpleti contractus*, *adagio non servanti fidem non est fidem servanda*, en el marco de la protección del orden público. Sólo eso. Hacer de todo ello una teoría, es falso.

b) Falsedad en los Contratos Reales

Antes de analizar cuál fue el pensamiento de Dabín con respecto a los negocios reales y su consecuente crítica, es menester aproximarnos antelada mente a la postura que sostiene Domat al referirse a este tipo de contratos, expresando: "Aun en aquellas convenciones en que una sola de las partes parece obligada, como sucede en el préstamo, la obligación del prestatario ha sido precedida, como antecedente indispensable, de la entrega hecha por el prestamista, sin la cual el contrato no habría podido surgir. La obligación, pues, que en tal clase de convenciones nace en provecho de una de las partes, encuentra siempre su causa con respecto a la otra, toda vez que (*sic*) de no haber existido **aquélla,** la obligación sería nula..."

Estas palabras son tan oscuras como las ideas que pretenden traducir. Basta un ligero análisis gramatical -nos dice Ospina[308]- para comprender que es absurda, ya que puede ser explicación de cualquier otra cosa menos de la teoría de la causa: ¿A qué se refiere con "la otra" o "aquélla?" ¿querrá significar "la otra parte?" "¿la otra obligación"? Si se refiere a "partes", en una convención es necesario que existan dos partes, porque si hay una, no hay concurso de voluntades. Si se refiere a "obligaciones", incurre en el despropósito de suponer que éstos producen obligaciones recíprocas, porque todo

308 OSPINA y OSPINA, 1980, pp. 279 y ss.

contrato unilateral, como un contrato real como el mutuo, produce obligación para una de las partes.

De ahí que se diga que en el contrato real la causa de las obligaciones a cargo del deudor único, consiste en la entrega o tradición de la cosa que el acreedor ha tenido que realizar para el perfeccionamiento del contrato (tesis que responde a una confusión de ideas entre la causa final y la fontanal).

En Roma, para percibir un dato histórico ya revisado, se exigía la tradición o entrega para perfeccionar los contratos *re* (mutuo, comodato, depósito, prenda), porque se desconocía la eficacia de las convenciones solas, por lo que se necesitaba otro factor (tradición) que actuaba como fuente de las obligaciones (causa eficiente). Por ejemplo en el mutuo, la obligación de restituir del mutuario no nacería por acuerdo de voluntades, sino como consecuencia de la tradición del mutuante para que el acuerdo quedara elevado a contrato, sin la cual la obligación de restituir no se hubiera formado y el presunto mutuario podría invocar la *querella non numeratae pecuniae* (con el efecto de enervar las acciones que ejerciera el pretendido mutuante para exigir el cumplimiento de la obligación no nacida) o la *condictio sine causa* (repetición de lo pagado).

Pero a los jurisconsultos romanos no se les ocurrió decir que el ejercicio de la querella o de la condictio se basaban en que el presunto mutuario no recibió la cosa mutuada, dejando de alcanzar el fin directo e inmediato perseguido por éste al obligarse.

Es decir, que los contratos reales tienen una estructura causal que responde a basamentos marcadamente alejados de interpretaciones que pretenden adherirla a elementos finalistas.

Al respecto Planiol piensa que lo que se llama causa en este tipo de obligaciones no es sino el hecho generador de la misma. La palabra

causa debe ser considerada en el sentido de fuente productora de obligaciones.

La falsedad consiste en considerar la entrega de la cosa como elemento de formación del contrato ya que el Código de Napoleón habla de este elemento como causa final, de modo que la contradicción en que incurre la doctrina clásica es evidente al considerar en los contratos reales a la causa eficiente como si fuera la final.[309]

e) Falsedad en los Contratos Gratuitos

Debemos tener presente que el grueso del apostolado clásico entiende que Domat postula como causa de las liberalidades un *motivo justo* y *razonable*. Otro sector considera que el pensamiento de Domat se encarrilaría por el ánimo de liberalidad abstractamente considerado descuidando los consabidos motivos concretos de éste, como lo veremos más adelante. La primera postura parece ser la que prevalece y tiene mayor credibilidad.

Pero tampoco habla de la causa con el objeto de afirmar que, faltando ésta, la donación o el contrato gratuito sea ineficaz o deje de producir obligaciones.

De esta manera, como lo sostuviéramos en el capítulo anterior aparece un análisis de Capitant en el que Domat defiende la tesis de la causa emparentada con el *animus donandi* sin dar mucha importancia al manido motivo. Afirma Domat:[310] "En las donaciones los motivos son distintos de las condiciones. El incumplimiento de la condición anula la donación condicional pero la donación subsiste aunque se demuestre que los motivos expresados no eran verdaderos." Propone el caso de una donación que se realiza en remuneración de servicios

309 Por otra parte, así como lo enunciáramos con los contratos sinalagmáticos, los contratos reales también reciben un tratamiento singular y antitético por parte de los propios Ripert y Planiol.

310 OSPINA, 1980, p. 281.

preciados o para facilitar únicamente al donatario una adquisición que deseaba hacer: la donación no se anulará por la inexistencia de aquellos servicios o por la imposibilidad de realizar la adquisición, pues siempre imperará la voluntad absoluta del que dona, *quien puede tener otros motivos de los por él expresados.* De ahí que la pregunta sea totalmente recurrente y oportuna ¿Entonces para qué hablar de causa en las donaciones constituidas por los motivos de éstos, si no tienen efecto alguno? ¿Para qué enancar el andamiaje constituyente de las liberalidades en los motivos cuando ante su ausencia lo que importa es la voluntad absoluta, léase *animus donandi*?

De una u otra manera, ya sea que se considere la causa como el motivo o el *animus donandi* abstractamente considerado, tal representación causal resulta falsa por cuanto es el consentimiento el que se desdobla para dar origen a un elemento innecesario y superfluo.

De esta manera los seguidores de la doctrina clásica, al obviar el motivo y enfocar su atención en el *animus* -mediante un procedimiento artificioso y arbitrario con el propósito de unificar la teoría- distinguen el fin directo y abstracto perseguido por el deudor (causa), de los móviles o motivos subjetivos y concretos que determinan el consentimiento.

De modo que es falso y absurdo considerar que, además del consentimiento manifestado, sea necesario otro factor constituyente encarnado en el *animus donandi*: ¿no significaría ello aceptar la premisa, por demás falsa, de que es posible consentir en una donación, sin tener ánimo de liberalidad?... La respuesta afirmativa conllevaría la sentencia nada negativa de que en el consentimiento propio de cualquier contrato gratuito (donación, mandato, depósito no remunerado), esté implícito el ánimo de liberalidad.

La voluntad de donar, para un sector doctrinario, asumida de manera abstracta e independiente de los motivos que la hacen nacer, es una noción vacía de sentido.[311] Ripert y Planiol a su respecto aseverarían "...La voluntad de donar considerada independientemente de los móviles que animan al donante, es una abstracción sin alcance alguno. En efecto, no cabe duda que los móviles han de ser tomados en consideración para la validez de la liberalidad o de la carga."

Sin embargo, el motivo mismo desidentificado del *animus* de donar como causa de las liberalidades, constituye una negación categórica del principio fundamental clásico que reputa la causa como un elemento objetivo separado de toda consideración subjetiva, incluida la motivación.

Como sabemos, Domat considera no sólo los motivos sino la voluntad de donar abstracta como causa de las liberalidades, conviniendo precisar que tanto el uno como el otro guardan perfecta consonancia con el consentimiento creador de este tipo contractual. Entonces ya sea que se consideren o no a los motivos para que la voluntad tenga sentido, es ésta la que envuelve a la causa impidiendo configurarse como un elemento totalmente independiente de ésta, cuando notoriamente es prohijada e insaculada por la misma.

6. LA INUTILIDAD DE LA TEORÍA CLÁSICA DE LA CAUSA

Empecemos revisando el enjundioso criterio de Mosset Iturraspe[312] al respecto: "Pensamos que en los contratos consensuales onerosos el objeto absorbe a la causa -entendida en su concepción clásica- en buena medida; y que en los reales, la causa final se confunde con la causa eficiente. La utilidad de la concepción clásica

311 ARTEAGA Y ARTEAGA CARVAJAL, 1979, p. 33.

312 MOSSET ITURRASPE, s.f., p. 267.

es, por lo demás, muy discutible." A partir de ello es oportuno desgajar el tipo negocial con su correspondiente análisis.

Este rubro nos conduce al convencimiento de que todas las aplicaciones de la teoría clásica de la causa encuentran su explicación natural y suficiente en otros principios y Nociones ampliamente conocidos y del todo ajenos a dicha teoría. Veamos ahora las aplicaciones prácticas en torno a cada tipo contractual:

a) Inutilidad en Contratos Sinalagmáticos

Antes que nada recordemos que los expositores de la teoría clásica de la causa explican que en un contrato de compraventa de un cuerpo cierto perecido con anterioridad a la celebración de aquél es ineficaz (inexistente o nulo), no pudiendo nacer la obligación del vendedor por ausencia del objeto y consecuentemente falta de la causa de la obligación del comprador, ya que no se daría el fin directo e inmediato que éste persigue al obligarse.

En este ejemplo podemos arribar a la conclusión de que el bloqueamiento contractual por efecto de la ausencia del objeto que el vendedor debería entregarse debe a esa misma situación, y no al contrato en el que podremos referimos a la falta de causa del comprador. Notemos que el contrato queda completamente invalidado por falta del objeto de la convención recaible en la obligación del vendedor consecuencia de ello, y como figura harto secundaria, el comprador ve frustrado su fin directo cual es la obtención del objeto (inexistente por demás), instituido en la causa constituida por la obligación del vendedor.

De modo que prescindiendo de la teoría de la causa no dejan de producirse los efectos jurídicos invalidatorios de la validez o eficacia del negocio en cuestión. El consentimiento necesario para la formación del contrato sinalagmático recae conjunta e indivisiblemente sobre todas las obligaciones y prestaciones propias

de él, de modo que faltando las que son de cargo de una de las partes, el contrato no puede formarse.

Como corolario la teoría de la inexistencia del objeto conduce a la inexistencia de tales actos así también podríamos decir que tienen objeto ilícito los actos jurídicos cuyas prestaciones sean contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, ilicitud sancionable con nulidad absoluta del acto: tal es el caso de la persona que paga a otra para que cometa un homicidio. De ahí que la teoría resulte inútil en la formación de los contratos sinalagmáticos.

Dabín[313] lo asevera de manera contundente: "Suponer que, sin la noción de causa, no es posible explicar la interdependencia de las obligaciones que éstos producen, equivale a ignorar lo que es un contrato sinalagmático" que por su naturaleza y por el principio de la buena fe (que gobierna el desarrollo de las convenciones en un sistema no formalista), es fundamento natural y adecuado para explicar que el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes (y aun su inejecución fortuita) debe autorizar a la otra parte para exonerarse del cumplimiento de las suyas y para pedir la resolución de ese contrato que ha dejado de responder a la intención que presidió su celebración. De manera que la *exceptio non adimpleti contractus* y la *acción resolutoria* por incumplimiento de contrato, no necesitan de la teoría de la causa para su justificación, ya que históricamente nacieron antes que ella como puede verse en los capítulos referidos a la causa en Roma y en la Edad Media.

Por su parte Planiol sostiene que se puede llegar al mismo resultado que pretende alcanzar la causa clásica utilizando otros procedimientos técnicos, especialmente la noción de objeto.

313 OSPINA, 1980, p. 284.

Según el Código Civil Napoleónico (artículo 1131), interesa determinar la causa de las obligaciones convencionales porque el contrato es nulo: 1º Cuando carece de causa, 2º cuando la causa es ilícita o, 3º cuando la causa es falsa. En donde para ninguna de estas hipótesis es necesaria la noción de causa, como estudiaremos enseguida.[314]

1. Ausencia de Causa

En la nulidad por ausencia de causa en contratos sinalagmáticos, apreciamos que si la cosa vendida no existe, la obligación del vendedor es nula por falta de objeto, y obviamente - en lógica consecuencia- la del comprador es nula por falta de causa porque la obligación del vendedor no ha nacido. Puede llegarse al mismo resultado sin hacer intervenir la causa, acudiendo a la simple naturaleza sinalagmática del contrato que supone prestaciones recíprocas, y esta conexidad que liga ambas obligaciones es una relación de dependencia mutua distinta de una relación de causalidad.[315]

---

314 MARTINEZ ALFARO, 1993, pp. 48 y ss.

315 En cuanto a los comentarios anteriores, Planiol y Ripert (PLANIOL y RIPERT, 1946, p. 366), refutarían: "Tal critica es inexacta. La inexistencia del objeto prometido por una de las partes, de la cosa vendida, por ejemplo, no impide que la obligación de la otra parte presente todos sus elementos; el objeto de la obligación del comprador es, en efecto, el precio. Por otra parte, los tratadistas anticausalistas están obligados, para justificar la nulidad de la obligación, que es inevitable, a completar su argumentación. Acuden a la conexidad de las obligaciones nacidas de un contrato sinalagmático, a las relaciones existentes entre ellas, que cada una de las partes se ha obligado en consideración a lo que obtienen en cambio, o sea, lo que antiguamente se conocía como la *regla de los correlativos*. Pero ¿qué es esa regla sino una aplicación de la teoría de la causa? Solamente la necesidad de una contraprestación hace que el ser imposible la obligación de una de las partes no deja subsistir la obligación de la otra."

Esta defensa de la causa clásica aplicada a los contratos sinalagmáticos es trasnochada y desmedida cuando pretende abogar por una situación perdida al querer manifestar que la interdependencia de las obligaciones, que nace como fruto de la naturaleza del mismo acto, es una secuela de la noción de causa, cuando ya se ha demostrado hasta el cansancio que no Es así, sino que son situaciones sumamente distintas, y el

De la misma manera, la ausencia de causa tampoco puede realizarse respecto a los contratos reales. Por ejemplo, tratándose de un depósito o de un préstamo, no hay depositario ni deudor en tanto no se haya entregado a éstos la cosa: la entrega es -como bien sabemos- el hecho generador del contrato, por lo que la falta de la misma no constituye ausencia de causa sino falta del hecho generador del contrato, en consecuencia dicha falta equivale a la ausencia del contrato. La ausencia de causa se confunde, de esta manera, con la ausencia del contrato: nada se ha hecho en el contrato que pueda declararse nulo por falta de causa, sin reconducciones por otras vías más expeditivas, de modo que sin necesidad de causa se llega al resultado de la ineficacia cuando no hay entrega de la cosa o cuando ésta falta en el ámbito del contrato real.

En materia de donaciones, si concebimos la causa como la intención de donar, la ausencia de ésta constituye la falta del consentimiento necesario y por ende su sola ausencia genera la inexistencia del acto, sin necesidad de recurrir a la causa. Pero si percibimos la causa como el motivo justo y razonable, la ausencia de causa equivaldría a ausencia de motivo, y en consecuencia una donación sin causa o sin motivo no es concebible porque sería el acto de un loco; además, faltaría el consentimiento necesario formativo del acto, de donde se desprende que la ineficacia del contrato gratuito se

---

hecho de confundir la causa final con la naturaleza sinalagmática de estos contratos es no entender la configuración de la mencionada institución.

No es que los anticausalistas deban completar la fundamentación de su explicación de la nulidad del negocio por ausencia del objeto a través de la figura de la interdependencia de las obligaciones que responde al concepto causal. Ya hemos estudiado que la naturaleza contractual de los contratos sinalagmáticos va independiente del concepto de causa. La ausencia de una obligación impide la eficacia de la otra, sin necesidad de recurrir a la causa, porque la reciprocidad de las prestaciones no se debe a que sean causa entre sí sino a la naturaleza sinalagmática del contrato: la reciprocidad de las obligaciones que se derivan de esos contratos tiene su origen en el hecho de que nacen simultáneamente y no en una falsa relación de causalidad.

ocasióna sin necesidad de la causa y únicamente con la intervención de los elementos indiscutibles (capacidad, consentimiento, objeto). Asimismo al considerar al motivo (que es causa impulsiva y no elemento del contrato), como si fuera causa final, la teoría clásica contradice sus propios postulados que ve la causa en el *animus donandi* abstracto, el mismo que también resulta reemplazable por la voluntad del donante.

2. Causa Ilícita o Inmoral

Partamos del hecho de que lo ilícito no es sinónimo de inmoral porque lo primero atenta contra las leyes y lo segundo contra la moral y las buenas costumbres, aunque podamos convenir que ambos efectos son iguales: nulidad del acto.

Según el postulado básico de la teoría clásica el fin típico de determinado negocio, no es susceptible de la calificación de ilícito. La actividad del cambio (venta), de la cooperación (mandato), de la garantía (fianza), del enriquecer a otro (donación), son lícitas por definición en cuanto producen un resultado socialmente deseable y útil o a veces necesario, que amerita la tutela jurídica; la contradicción no consiente la atribución a ellas de la calificación contraria (ilicitud).

De ahí que un reproche constante que se ha endilgado a la teoría orgánica clásica es su incapacidad de respuesta frente a los negocios inmorales, y esto como consecuencia de que la causa era considerada siempre la misma para toda una categoría de actos jurídicos dados, convirtiéndose la causa en un esquema vacío de contenido, acartonado, desvitalizado e incapaz de explicar la causa ilícita: ¿Cómo será posible una compra con una causa ilícita si los motivos no se podían investigar y la causa era la misma para todas las compraventas?[316]. La respuesta es obvia, a través de esta teoría

316 MARIN PÉREZ, 1983. p. 177.

orgánica, ninguna operación podría ser declarada ilícita puesto que si la causa es típica, vale decir considerada de antemano por el ordenamiento legal, resultaría imposible que se contradiga a sí misma.

Se entiende que si la causa es un elemento prescrito por la ley, no podría pensarse en una causa contraria al ordenamiento establecido, no obstante ello, la jurisprudencia ha encontrado aplicación en la causa final con lo que atentaría al principio celosamente considerado por la doctrina clásica, en el sentido de separar la motivación subjetiva de la causa objetiva. Pero esta impetración jurisprudencial no es más que la inauguración de una nueva etapa dentro de la evolución del concepto de causa.

En lo atinente a la causa ilícita, los ejemplos propuestos por la doctrina clásica se refieren a la causa impulsiva y no a la final, pese al esfuerzo en separarlas una de otra, de modo que esta ejemplificación aparece contradictoria y confusa.

Un sector importante de la doctrina engolfa dentro de este rubro a la causa inmoral o torpe (*turpe*)[317] donde el fin es contrario a las buenas costumbres, y en que la inmoralidad de la causa provoca la nulidad del negocio. Si el negocio se ejecutó, no puede repetirse si quien pagó incurrió en inmoralidad o ambas partes, como por ejemplo, dar dinero para obtener una sentencia injusta.

En estos casos citados, presenciamos un presunto supuesto de causa inmoral subsumida en la causa ilícita, sin embargo, un agudo análisis concluirá que antes de invalidar estos actos a través de la contemplación causal, caen por la imposibilidad del objeto, en el sentido de que nadie puede obligarse a no hacer aquello que la ley le conmina a obedecer (como el no cometer un acto deshonesto),

317 SANTA CRUZ TEIJEIRO, sf, pp. 96 y ss.

o simplemente porque la prestación queda contraria a las buenas costumbres (como el pagar a un funcionario para obtener una decisión en un sentido particular.)

Por su parte, para los hermanos Mazeaud[318] la causa de la obligación debe ser lícita: en un contrato la causa de la obligación de una de las partes es ilícita cuando el objeto de la obligación de la otra -la prestación prometida- está prohibida por la ley. Por ejemplo, la causa de la obligación de pagar para que se cometa un crimen, es ilícita; y el objeto de la otra obligación: cometer un crimen, es también ilícito.

La prueba de la ilicitud de la causa de la obligación, se confunde con la prueba de la ilicitud del objeto, ya que la causa de la obligación no puede ser ilícita sino en los contratos sinalagmáticos y con la condición de que el objeto de la otra obligación sea también ilícito.

De otro lado, en las liberalidades, por ejemplo, la jurisprudencia se manifiesta en el sentido de que con la teoría de la causa se anulan donaciones o legados cuyo motivo es ilícito o inmoral, confundiéndose causa y motivo: La idea de causa es inútil en este caso como en los demás porque los parámetros de moralidad o licitud del acto se aprecian según la ilicitud de la intención o del objeto, según el caso.

3. Causa Falsa

Cuando la doctrina pretende definir la causa como el motivo determinante de la voluntad, lo que se está haciendo es identificar el error sobre la causa (o causa falsa) con el error sobre el motivo determinante y conforme a ello se percibe la causa falsa como causa impulsiva y no como final, extremo que según el principio clásico era bien claro al interior del Código Napoleón en el sentido de que éste

318 MAZEAUD, 1960, pp. 312 y ss.

no se refería a la causa impulsiva como elemento del contrato sino sólo a la final.

Además, al adicionar la causa al error; se duplican innecesariamente los elementos del contrato, en virtud de que el error sobre el motivo determinante y la causa falsa tienen la misma aplicación. Por otro lado, también queda la sensación de la duplicidad de funciones, y hasta de la incoherencia de los conceptos, por cuanto si por un lado el error sobre la causa se basa en que la causa es un elemento esencial del negocio pudiendo producir nulidad absoluta por otro lado, el error sobre el motivo determinante de la voluntad genera no la nulidad sino anulabilidad; problema que representa un casi insalvable nudo gordiano que podría ser resuelto como lo hizo Alejandro Magno que cortó la cuerda, mas en nuestro avatar no debemos cortar nada sino negar y superar en un tramado dialéctico.

Para Giorgi[319] la causa no constituye un requisito distinto e independiente de los contratos, pese a que algunos legisladores le hayan querido atribuir esa dignidad. **¿Cuál es la importancia especial de las reglas relativas a la causa?... Ninguna,** porque el desarrollo de esas reglas no es más que una serie de referencias a las demás partes de la teoría contractual.

Ejemplificativamente, el fenómeno jurídico del defecto de causa es el mismo que presenta el contrato sobre objeto futuro que no se verifica o que llega a faltar; el de la causa falsa es un vicio de consentimiento como cualquier otro error, o bien se refiere a los principios generales de la simulación. Por último, la figura jurídica de la causa ilícita es el contrato que tiene por objeto una prestación ilícita. Por consiguiente, suprimiéndose del código los artículos relativos a la causa la teoría de los contratos no padecerá nada.

319 GIORGI, 1929, pp. 470-471.

Dejemos mejor que Giorgi se exprese con entera libertad de la siguiente manera: '¿Qué hicieron los compiladores del Código Napoleón? Olvidaron que Pothier consideraba los vicios de causa como defectos de consentimiento, y no sabiendo cómo coordinar las disposiciones relativas a la causa con las ya dictadas, crearon con la causa un cuarto requisito esencial de los contratos. Pero si hubieran visto que la figura jurídica del contrato ya estaba completa con los tres primeros requisitos; si al legislador italiano le faltó modo, tiempo y propósito serio de innovar fundamentalmente el Código Napoleón, la ciencia no puede ocultar que la causa es un requisito superfluo e inconcebible de los contratos. Ni debe ocultar que al darle una existencia jurídica independiente de los demás requisitos los legisladores francés e italiano **han creado el cuarto lado del triángulo**."[320]

b) Inutilidad en Contratos Reales

En el derecho romano y en el moderno, los contratos reales se perfeccionan por la entrega o tradición de una cosa y, si falta ésta, el contrato se tiene por no celebrado y no produce obligación Alguna; de ahí que no tenga ninguna utilidad la referencia a la causa cuando muy bien la inexistencia de la operación puede explicarse por la falta de la entrega del objeto, donde secundariamente el deudor, al no recibir la cosa, deja de alcanzar el fin que perseguía al obligarse.

Lo mismo ocurría en los contratos con objeto ilícito, como aquellos otros denominados contratos sobre cosas fuera del comercio, operaciones que siempre han sido nulos por ilicitud de su objeto, sin que fuera necesario agregar que también tienen una causa ilícita para explicar dicha nulidad, es decir, sin necesidad de llamar causa a lo que constituye el objeto.

320 GIORGI, 1929, pp. 470-471.

e) Inutilidad en Contratos Gratuitos

No hay acto jurídico gratuito (donación) sin espíritu de liberalidad, de modo que dicho elemento se encuentra necesariamente implícito en el consentimiento específico de dichos actos, siendo artificioso e inútil el intento de separar aquella intención liberal de este consentimiento lo que equivaldría a imaginar un acto gratuito carente de intención liberal, lo que es inconcebible.

En realidad si nos atenemos a una visión netamente práctica del asunto, podremos concluir que nunca se podría declarar la invalidez de una donación por ilicitud de la causa, porque el ánimo de liberalidad abstractamente considerado (el *animus donandi* químicamente puro) no puede ser jamás contrario al orden público, a las buenas costumbres o a la ley, porque el deseo de querer donar no podría atentar o ir contra las leyes establecidas.

7. APOLOGIA DE LA TEORÍA CLÁSICA

Los tratadistas que pretenden rescatar algún valor a la teoría clásica, es necesario estudiarlos por separado para entrever sus aciertos y entuertos.

Por su parte, Castro y Bravo alude a las objeciones que Ernst fórmula a la teoría clásica, como aquellas en las que sostiene que en los contratos onerosos la causa se confunde con el objeto (precio que el comprador se obliga a entregar o cosa que el vendedor se obliga a dar); en contratos unilaterales la causa de la obligación del deudor es la cosa o el hecho de la otra parte (en el préstamo: la cosa recibida en préstamo); en contratos de donación, la causa se confunde con el consentimiento del donante.

Estas observaciones a la teoría de Domat, han podido parecer bien justificadas al referirse a la causa de cada obligación o prestación, “mas todas ellas --dice Castro- quedan sin fundamento

cuando se considera la causa como requisito del contrato y no de cada obligación contractual."[321]

Sin embargo, tanto la causa entendida en su espectro obligacional como contractual, tiene una seria limitación en cuanto a su aplicabilidad e independencia con respecto a los demás elementos de la estructura negocial, en tal caso, estaríamos fomentando la errónea idea de que la causa es falsa e inútil únicamente cuando estemos frente a las obligaciones mas no frente al contrato en global; no podemos ver la realidad con orejeras porque en verdad la teoría de la causa asume la causa del contrato general como causa de las obligaciones particulares.

Por su parte, De Ruggiero piensa que las objeciones a la teoría clásica son infundadas y erróneas. El concepto de causa es unitario, no obstante la diversidad de facetas frente a los tipos particulares del negocio: viene dada por la función que éste realiza, y la función no puede ser diversa de negocio a negocio, sin más que la diversidad del práctico que en cada uno se persigue.

El haber recibido la cosa para su custodia o para su uso durante un cierto tiempo en el depósito y en el comodato, el cambio de la cosa por el precio en la venta, de dos cosas en la permuta, del goce de la cosa o el aprovechamiento de un trabajo con el canon o alquiler en el arrendamiento, el espíritu de liberalidad en la donación, etc., son los fines prácticos y específicos, las causas que justifican en una y otra parte la adquisición y la pérdida, su variedad no destruye el concepto unitario de la función.

Como podemos observar, ya sea que se determine la causa por la función genérica o particular de cada tipo contractual, se desemboca en los mismos criterios sostenidos por la doctrina clásica,

321 DE CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 177.

harto rebatidos en el presente capítulo. Además, una cosa es que un contrato determinado tenga una función, y otra cosa es identificar la misma con la causa; lo que ocurre es que al verse amenazada la noción de causa se intenta por todos los medios tratar de salvarla, inyectándole nuevas interpretaciones.

Considera que menos exacta es la opinión que confunde la causa con el objeto o consentimiento. De modo que cree que la causa en el contrato bilateral está condicionada por la relación entre las dos prestaciones o el cambio de un valor por otro, o sea, la bilateralidad y no cada prestación en sí; en los contratos gratuitos la causa estaría en el espíritu de beneficencia que justifica una atribución patrimonial sin contraprestación y este espíritu de liberalidad (*animus donandi*), no se confunde con los motivos individuales, ni se identifica con el consentimiento que es independiente y distinto de aquél, pudiendo existir un consentimiento y fallar o ser ilícita la causa de la liberalidad.

Este último ejemplo se presenta como un caso inexacto y descabellado, ¿cómo imaginar una donación en el que el consentimiento exista pese a que su causa esté viciada de ilicitud cuando esta última va aneja a los motivos o al *animus per se*? No se puede imaginar un acto gratuito en el que su causa falte y la voluntad no; vale decir, hay consentimiento para realizar una donación, pero no existe ánimo de liberalidad (causa), o sea no se tiene la voluntad de donar. Esto constituye una contradicción de su propia defensa, que hace que ésta se vea negada por sí sola.

La causa de la obligación, continúa, es fuente de donde el vínculo deriva, y puesto que entre las fuentes está el contrato, no puede confundirse con ésta la causa del contrato. Causa de la obligación puede considerarse no como la relación contractual en su conjunto, sino las especiales obligaciones que para una (unilateral) o para entrambas partes (bilateral) nacen del mismo. Por ejemplo,

en la venta la causa de la obligación del vendedor es dar la cosa, mientras que la causa de la obligación del comprador es pagar el precio; más brevemente: la causa es para el vendedor el precio y para el comprador la cosa.

Cree que esto no es inexacto, y que nos ofrece una causa contemplada, subjetiva y unilateralmente, como razón que determina a cada parte a asumir la obligación suya y no la causa en su orgánica unidad objetiva que es la razón (o única razón) para ambas partes; la causa del contrato no es la causa particular de uno u otro de los contratantes, sino que está en la esencia de todo el contrato.

Desde esta perspectiva, no consideramos como positiva la apología que este autor pretende realizar respecto de la causa clásica. Parte del supuesto de no querer confundir causa de las atribuciones con la de los contratos, por cuanto la de las primeras coinciden con los contratos en sí -entre una de sus fuentes-, tratando de enfocar un nuevo horizonte de la causalidad contractual en la relación negocial o función del mismo, sin embargo, recae en lo criticado y no sale del atolladero del que pretendía escaparse cuando manifiesta que la causa *per se* no discrepa mucho del objeto del contrato, en clara demostración de una ausencia de coherencia doctrinal.

Abriendo una ventana para dar entrada a la doctrina nacional podemos consultar a Taboada (1996) quien nos proporciona una de las tantas Nociones de causa clásica entendida desde la perspectiva de una orientación subjetiva que la reputa minoritaria[322], falsa e inútil, de la siguiente manera: "Consecuentemente, en los contratos sinalagmáticos la causa no es la consideración de la obligación correlativa que nacerá a cargo de la contraparte; en los contratos reales ella tampoco es la consideración de la entrega de la cosa que

322 TABOADA, 1996, pp. 148, 157 y 159.

deberá efectuar la contraparte para que el contrato se perfeccione; y en los contratos a título gratuito ella no es tampoco la intención liberal, es decir, la consideración de que la contraparte no va a procurar contraprestación Alguna; pues dichas Nociones no permiten que la causa cumpla el rol que le atribuyen los códigos civiles causalistas en el ámbito de los contratos y que le otorgan el mérito suficiente para convertirse en un elemento esencial de la existencia de los mismos.

Ahora bien, como la teoría clásica de la causa no sólo es inútil, sino que además es falsa, podemos afirmar, para concluir nuestro análisis sobre dicha teoría, que la teoría clásica de la causa es falsa e inútil. (Taboada, 1986, p. 189).

Y llega a esta conclusión por cuanto en las anteriores páginas de su libro en estudio[323] ataca las aplicaciones de la causa clásica en las típicas figuras de la causa clásica: ausencia de causa, causa falsa y causa ilícita, mediante los argumentos proporcionados por el anticausalismo, mediante los cuales la causa clásica resulta ser falsa e inútil, entre otras cosas, porque puede muy fácilmente ser suplantado mediante la aplicación de las teorías del objeto y del consentimiento. Asimismo, cree que al no ser esta noción *subjetiva* de causa una idea útil, entonces es falsa, porque para este autor "sólo será verdadera la noción de causa que sea útil."[324] Es decir, el criterio de verdad de una institución radica no en su naturaleza ínsita sino en su utilidad.

Pero posteriormente Taboada (1996) provee un juicio "según el verdadero y único contenido de la teoría clásica" (p. 169) que constituye un planteamiento *subjetivo* de la causa clásica mejorado, corregido y aumentado, por medio del cual pretende rescatar el

323 Taboada, 1996, pp. 175-188.

324 Taboada, 1996, p. 188.

verdadero sentido de la causa clásica, es decir la causa clásica "correctamente entendida"[325] expresándose de la siguiente manera:

> "En nuestra opinión, la teoría clásica si[326] (*sic*) describe una realidad. En efecto, si (*sic*) es cierto que cada una de las partes contratantes que intervienen en un contrato sinalagmático celebran el contrato determinadas por la consideración de que la contraparte va a quedar obligada frente a ellas. Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa, el vendedor siempre declara su voluntad impulsado por la consideración de que el comprador va a quedar obligado frente a él a entregarle el precio y el comprador, a su vez, siempre declara su voluntad contractual determinado por laconsideración de que el vendedor va a quedar obligado frente a él a transmitirle la propiedad de la cosa vendida. Del mismo modo, también es cierto que en los contratos reales la parte contratante que va a resultar obligada a devolver la cosa que va a recibir la otra parte, siempre declara su voluntad determinada por la consideración de la entrega de dicha cosa que deberá efectuar dicha parte para que el contrato real se perfeccione. Así por ejemplo, en un contrato de préstamo de dinero, el prestatario siempre declara su voluntad contractual determinado por la representación de que el prestamista le hará entrega de la suma pactada. Igualmente, es completamente cierto que en los contratos a título gratuito la parte que va a resultar obligada celebra el contrato determinado por la representación de que la otra parte no va a procurarle

325 Taboada, 1996, p. 188.

326 Aunque esta voz esté escrita en el mismo libro de esa manera ("si"), no debe interpretarse como conjunción condicional, sino como adverbio de afinnación (sí), salvo mejor opinión.

> contraprestación alguna. Así, por ejemplo, en un contrato de donación, el donante declara su voluntad contractual determinado por la consideración que el donatario no va a procurarle contraprestación Alguna que le compense la pérdida patrimonial que va a sufrir...
>
> En conclusión, en nuestro parecer, la noción de causa de la obligación es verdadera en cuanto a que dicho móvil simpre existe, pero es falsa en cuanto se afirma que dicho móvil es un elemento esencial de existencia del contrato." (pp. 170-171).

Es decir, para este autor la noción subjetiva de la causa clásica es inútil porque no se puede aplicar con éxito a ningún caso práctico, tal como la causa ausente, falsa o ilícita, y para ello acude a las observaciones prodigadas por el anticausalismo (aunque no esté de acuerdo con muchos de sus autores)[327] por las cuales concluye que la causa -además de inútil, es falsa por inútil. Sin embargo, la noción de causa clásica que personalmente sostiene, la asume como verdadera porque descubre una realidad psicológica que -según este tratadista- se da en todo tipo de contratos.

No obstante ello, de una atenta lectura del párrafo transcrito, veremos que su propia noción de causa no es verdadera, no sólo por ser inútil sino también por ser falsa. Como se comprenderá de la lectura de su libro, el autor refiere que la orientación *subjetiva* de la causa clásica tiene en cuenta la consideración de un hecho pasado, mientras que su concepción *hiper subjetiva* de interpretación auténtica de la constitución de la causa clásica se basa en la consideración de un hecho venidero; así rezaría su postura: "Por consiguiente, y en igual forma, según el verdadero y exacto[328] (*sic*) contenido de la teoría

327 Taboada, 1996, pp. 137-148 y 171-180.

328 Entiéndase como "exacto", *lapsus calami*.

clásica, en los contratos sinalagmáticos la causa de la obligación de cada una de las partes no es la consideración de la obligación correlativa (un acontecimiento ya acaecido), sino la representación de la obligación correlativa que nacerá a cargo de la contraparte (un acontecimiento futuro) y en los contratos reales la causa de la obligación no es tampoco la consideración de la entrega de la cosa ya efectuada (un suceso realizado), sino la representación de la entrega de la cosa que deberá efectuar una de las partes contratantes para que quede perfeccionado o formado el contrato real (un hecho futuro)."(Taboada, 1996, pp. 168 *infra* y 169 *supra).*

De esta forma, la diferencia de estas posturas *subjetivas* de intepretación auténtica de la causa clásica consisten en que una -subjetiva- ve el fin directo e inmediato en un hecho ya realizado, mientras que la otra -hiper subjetiva, que sustenta sus conceptos- se encarrila por un hecho futuro no acaecido.

Sin embargo, esta posición no es muy cierta cuando la confrontamos con la realidad. Así, se piensa que en un contrato sinalagmático, "el vendedor siempre declara su voluntad impulsado por la consideración de que el comprador va a quedar obligado frente a él a entregarle el precio y el comprador, a su vez, siempre declara su voluntad contractual determinado por la consideración de que el vendedor va a quedar obligado frente a él a transmitirle la propiedad de la cosa vendida."[329] Con ello entonces un vendedor se animaría a entregar un bien porque quiere que el comprador quede obligado a entregarle el precio, y a su vez, el comprador se obligaría motivado porque considera importante que el vendedor quede obligado frente a él aentregarle o derivarle la propiedad del bien.

329 Taboada, 1996, p. 170.

Visto este planteamiento por entero, resulta claro que en la realidad nadie se obliga para que otra persona también se obligue, sino que se obliga para conseguir concretamente algo: o el bien, o el precio. Nada más. Y esto no es más que el objeto (entendiendo *objeto* en su ancha significación, como se podrá comprobar en el capítulo referente a este tema).

Otra cosa es el principio de interdependencia de las obligaciones y la correlatividad de las prestaciones. Estos principios no son consecuencia ni patrimonio exclusivo de la teoría de la causa como falsamente pretenden los causalistas. De la lectura del capítulo referente a la causa en la Edad Media, quedó demostrado cómo el pacto comisorio y *la exceptio non adímpleti contractus*, hicieron correlativas las obligaciones, máxime si consideramos que a partir de ellas nació la presunción de la contraprestación inejecutada, base de la interdependencia de las obligaciones, así como el adagio *non servanti fidem, non est fidem servanda.* Asimismo, vimos también que estos principios tenían fuerte sustento en los valores orden, paz, justicia, equidad, y que su libre juego en un tramado socio-cultural dio como resultado la protección del orden público y la dación de mecanismos de equilibrio de situaciones injustas en el marco de esta valoración.

De esta manera, no se puede erigir una teoría causalista que se irrogue impropiamente el monopolio de estos engranajes. De otra parte, en el capítulo referido a la causa clásica vimos cómo no se podía confundir la interdependencia de las obligaciones con la causa en los contratos sinalagmáticos, so pena de demostrar confusión en la comprensión de la naturaleza de este tipo de contratos. Sin embargo, hemos realizado todo este recorrido histórico y doctrinal para llegar al punto inicial: nadie se obliga para que otra persona quede obligada, sino para obtener algo concretamente.

Luego se manifiesta que en los contratos reales "por ejemplo, en un contrato de préstamo de dinero, el prestatario siempre declara su voluntad contractual determinado por la representación de que el prestamista le hará entrega de la suma pactada."[330] Esto en buen romance significa que el prestatario se obligará en el futuro porque el prestamista le entregará una suma pactada. O sea, el prestamista y el prestatario se han puesto de acuerdo ya en una suma, vale decir, la suma está *pactada*, pero todavía el prestatario no puede obligarse por cuanto sólo se obligará a través de la representación mental de que el prestamista le hará entrega de esta suma. Nos preguntamos ¿cuándo se representará mentalmente esta escena el prestatario? ¿antes o después de pactarse la suma con el prestamista; o antes o después de la entrega del dinero?

De la lectura minuciosa de este pasaje, el prestatario queda obligado con anterioridad a la entrega del dinero o de la suma pactada: se dice que el prestatario *declara su voluntad*, o sea que manifiesta externamente su propósito de contratar, su ánimo es externado y objetivizado, ¿y qué lo determina a declarar esta voluntad? lo determina la consideración de que el prestamista le entregará el dinero. Es decir, el prestatario no se obliga a devolver el bien porque el prestamista le hace entrega del mismo, o porque el prestamista pone en sus manos el dinero, sino por la representación mental de que el prestamista se obliga a que se le entregará el dinero que áun no ve. De esta forma todos los prestatarios manifestarían su voluntad, declararían su voluntad de aceptar un crédito antes de que el crédito nazca, se obligarían porque la otra persona se obliga a que en el futuro entregaría la suma.

En la práctica esto no es así, las personas no se obligan por la consideración de que otra persona se obliga a que le dará en el futuro

330 Taboada, 1996, p. 170. El resaltado es nuestro.

una suma de dinero, sino que cualquier mortal se obliga a pagar un crédito porque efectivamente lo ha recibido, no antes: nadie se obliga a devolver algo que aún no ha recibido.

De otro lado, este autor nos dice que el prestatario declara su voluntad por la consideración de que el prestamista le hará entrega de la suma pactada. Es decir, no está empleando un artículo indefinido "una" suma pactada, para referirse al futuro, sino emplea un artículo perfectamente definido "la" suma pactada. Ello significa que la suma ha sido pactada pero que por esa suma pactada el prestatario no ha declarado su voluntad, sino que la ha manifestado por la consideración de que el prestamista le entregará esa suma que ha sido acordada. Entonces, nos preguntamos ¿qué motivó a que el prestatario acuerde con el prestamista esa suma *pactada*?, Taboada no lo dice, ya que esa suma pactada habría nacido sola y su formación no tendría causa etiológica o teleológica en absoluto. Sólo interesa la consideración mental del prestatario o acreedor pignoraticio de que el prestamista le hará entrega de la suma pactada, o sea que se obliga a devolver el dinero porque el otro se obligará a entregar la suma: la obligación de devolver la suma nace antes de que la suma sea entregada, o sea, la obligación del prestatario nace antes de que reciba la suma pactada, su obligación nace antes del derecho a reclamar el dinero. "Resulta bien claro, además, que la obligación de restituir sólo existirá en realidad si esa cantidad fue efectivamente entregada: la entrega de esa cantidad, es, pues, lo que constituye, y sólo ella la puede constituir, la causa eficiente o la condición *sine qua non* de la obligación de restituir."[331] Y al referimos a la causa eficiente no nos referimos a la causa final sino a la causa etiológica, filosófica, física de hecho engendrador de efectos.

331 DABIN, 1929, p. XI.

Esto constituye una subversión de valores y criterios. Como vemos, estamos frente a una teoría sumamente idealista, demasiado abstracta, poderosamente subjetivizada, alejada totalmente de la realidad, enancada en el *topus uranus* platónico, en uno de sus picos más altos. Sin embargo, no nos apunamos al comentar estos criterios.

Finalmente, con respecto a los contratos a título gratuito "por ejemplo, en un contrato de donación, el donante declara su voluntad contractual determinado por la consideración que el donatario no va a procurarle contraprestación Alguna que le compense la pérdida patrimonial que va a sufrir."

Esta interpretación también es falsa, porque una persona podría donar una cosa u otra considerando que ésta pueda en el futuro darle otra cosa a cambio, aunque no lo exprese, o simplemente por otro motivo justo y razonable como lo diría el propio Domat. De una u otra forma, no es más que el *animus donandi*, como dice Capitant, o la propia voluntad o consentimiento, cuya fisonomía engolfa y atrapa a este espíritu de liberalidad, haciendo fracasar cualquier alusión a toda teoría de la causa objetiva o subjetiva en contratos a título gratuito como categoría independiente del andamiaje contractual.

Sin embargo, debemos aclarar que esta postura del autor no es la que él sostiene *motu propio in totum*, sino que constituye la intepretación que él le da a la teoría clásica de la causa, es decir, es lo que él piensa que la teoría clásica de la causa es, o lo que él piensa que los clásicos pensaron con respecto al pensamiento causalista. No obstante, esa interpretación auténtica la ha catalogado de ser verdadera porque refleja descriptivamente la realidad de las cosas.

Ahora bien, considerando su premisa de que sólo es verdadero aquello que es útil, si esta versión hipersubjetiva vista *ut supra* es verdadera, *contrario sensu*, también sería útil. Sin embargo, no la contrasta con ninguna de las figuras prácticas exigidas por la misma

realidad de la que pretende ser su más leal interpretador, a través de la ausencia de causa, falsa causa y causa ilícita, para que de allí pueda desprenderse su utilidad o inutilidad.

De la misma forma, de los enunciados analizados, hemos demostrado cómo este planteamiento hiper subjetivo es inútil, y por ende -siguiendo las propias palabras del autor- falso. Pero pensamos que es falso no sólo por ser inútil, sino porque no describe ninguna verdad, ninguna realidad, la gente no se obliga para contraer obligaciones o para que otros queden también obligados, sino para obtener cosas concretas, prestaciones efectivas. Otra cosa serán aquellos contratos en los que se realicen promesas de entrega, contratos aleatorios, promesas de pago futuro, cartas fianza, títulos valores, letras, cheques, etcétera, en los cuales una persona sí podría obligarse en función a un *alea*, o a una promesa de pago futuro, etc., pero ni aún así la persona se obligaría pensando en que la otra persona también se obligará, sino pensando en el alea, o en el pago futuro concreto, y esto no se resuelve por la teoría de la causa, sino por otros instrumentos más efectivos, verdaderos y reales.

Pero no se piense que por despreciar la pueril teoría clásica de la causa vista desde la perspectiva *objetiva* o *subjetiva*, e insinuar que las personas en sí se obligan teniendo en cuenta no la obligación de la contraparte sino la efectiva ejecución, vamos por ello a enrolarnos en la teoría de Capitant que considera que la causa que determina a obligarse a cada una de las partes -por ejemplo en un contrato sinalagmático- es la voluntad de obtener la ejecución de la prestación que le ha sido prometido a cambio de la suya[332], porque de aceptar esto no se estaría sino incurriendo en un concepto que remitiría el debate a la figura de la resolución de los contratos, constituyendo

332 DABÍN, 1929, p. XIII.

una noción "tan huera y tan pueril como la otra"[333], o sea tan falta de contenido como la clásica idea de causa asumida tanto objetiva como subjetivamente, que, como sabemos, es falsa e inútil.

De esta manera, queda sepultada la noción *hiper subjetiva* de la causa clásica, que Taboada pretendía inaugurar en este cielo de conceptos que repudia Ihering. Es por eso, entre muchas otras cosas más, por las que la teoría de la causa aparece como desértica, árida, indigerible, impráctica, abstracta, oscura, metafísica, religiosa, etc., cuando en verdad no es ningún dogma ni constituye una verdad revelada.

Ahora veamos a los Hermanos Mazeaud[334] quienes piensan que al preceder la causa al efecto en el contrato sinalagmático, las dos obligaciones nacerían juntas y no cabría pretender que la *obligación* de una de las partes tuviera por causa la obligación de la otra. Sin embargo, estos autores consideran que no deja de ser menos verdadero que la obligación de una de las partes tenga por causa la consideración del compromiso tomado por la otra: si una delas partes se obliga, es porque contempla la contraprestación de la que va a convertirse en deudora: rectificada así la teoría clásica no es ya contraria a la lógica: la causa precede al efecto.

Si observamos detenidamente esta refutación a la crítica anticausal, arribamos a la conclusión de que no se concluye en nada nuevo (*nihil novum sub sole*, al *decir* de Salomón); es decir, se defiende una posición utilizando argumentos entresacados de la teoría que se cuestióna. La causa continúa siendo la consideración de la contraprestación, por lo que ilógicamente puede aceptarse la coetaneidad de causa y efecto.

333 DABÍN, 1929, p. XIV.

334 MAZEAUD, 1960, pp. 299-301.

En contratos sinalagmáticos, sostienen estos doctrinarios, la causa explica la interdependencia que existe, en el momento de su formación, entre las obligaciones recíprocas. Nos provoca pensar que si la causa explica la interdependencia sinalagmática de estos contratos en el momento de su nacimiento, ¿qué ocurre con la interdependencia en el momento de su ejecución?... Como ya lo estudiamos, la manida interdependencia de estos negocios es debida a su naturaleza contractual ínsita sin necesidad de atisbar otros elementos ajenos a la misma, cosa que generaría la sospecha de una desinformación o incomprensión de su estructura negocial.

Por otro lado, reconocen que la noción de causa abstracta carece de utilidad en los contratos a título gratuito: si llega a faltar la intención liberal, o bien el acto es a título oneroso o bien es la obra de un loco; en este último caso bastaría con comprobar la ausencia de consentimiento (contra la opinión de De Ruggiero, como lo revisamos anteriormente).

Estamos frente a una contramarcha del apologético sentido doctrinal que se pretende imprimir a esta corriente, mostrándose por ende inermes para poder rebatir la nulidad del acto gratuito a través de la omisión del consentimiento.

A la misma conclusión arriban los Mazeaud en los contratos reales, donde la falta de entrega de la cosa decide la invalidez del contrato, sin necesidad de la causa. Si la entrega de la cosa ilícita o inmoral, el análisis del objeto hará que desaparezca el contrato.

Revisemos ahora la fuente misma de estos desaciertos. No resulta paradójico decir que, si Planiol y los anticausalistas no han comprendido la utilidad de la causa, es por ser demasiado evidente esa utilidad. Planiol pretende que si se ve la causa de una de las obligaciones en la otra obligación, se debe concluir de ello que, en el caso de que una de las obligaciones no tenga causa, la otra no tendrá

objeto. La observación es exacta. Pero Planiol olvida explicar por qué, cuando una de las obligaciones carece de objeto, la otra obligación es nula. Si las obligaciones de las partes no se sirvieran mutuamente de causa, la falta de objeto de una de las obligaciones debería anular esa sola obligación, por subsistir la otra. La interdependencia de las obligaciones nacidas del contrato sinalagmático, a la cual apela Planiol, es una comprobación, no una explicación.

La explicación se encuentra en la noción de causa: si las obligaciones no pueden nacer una sin la otra, si existe interdependencia en el momento de la formación del contrato, es porque la causa de la obligación de una de las partes es la consideración del compromiso asumido por la otra."[335]

Como podemos observar en este pasaje reproducido *ad literam*, se insiste en ver la utilidad de la causa en la interdependencia de los contratos sinalagmáticos, cuando muy bien ésta depende de la naturaleza misma del aparato negocial el que resulta incomprendido y poco analizado. La explicación por la cual la ausencia del objeto por parte de una obligación fundamenta la nulidad de la otra no va por el camino de la causa, sino por el sendero de la estructura contractual aludida, de modo que al viciarse el negocio por la falta de objeto, la remanente obligación finiquita simplemente porque el contrato feneció al perecer el objeto en la medida de la aplicabilidad del sistema de este tipo de contratos.

Finalmente Ripert[336] explica la controversia entre la doctrina clásica y el anticausalismo en el sentido de que ambas vertientes están de acuerdo en lo esencial: los unos y los otros van a confinarse en la economía del contrato para encontrar una explicación suficiente de la creación de las obligaciones por las voluntades contractuales.

335 MAZEAUD, 1960, p. 301.

336 RIPERT Y BOULANGER, sf, pp. 189 y ss.

Las divergencias provienen de que unos han descuidado la tradición canónica, mientras que los otros permanecieron demasiado estrictamente fieles a las enseñanzas del Derecho Romano.

Desde su particular punto de vista, fórmula la siguiente pregunta: ¿cómo puede válidamente obligarse la voluntad si lo hace sin causa? Solamente el empleo de las formas puede ser una explicación. Por su parte manifiesta que Planiol entiende la palabra causa en el sentido que los romanos entendían la palabra causa para designar el hecho material merced al cual nace la obligación. Cuando, por ejemplo, demuestra la imposibilidad de que las dos obligaciones en el contrato sinalagmático se engendren la una a la otra, se ve en la causa una causa eficiente, como lo eran las *verbae* y *las litterae*, cuando en realidad se está tratando de la causa final. El consentimiento crea la obligación (*causa effíciens*), pero un contratante da su consentimiento en vista de un resultado determinado (*causa finalis*).

Esta observación a Planiol no pasa de ser declarativa y enunciativa, le critica su perspectiva emparentada a la del derecho romano, básicamente genética, y en su descargo pretende sostener la validez de la causa clásica a través del influjo de la causa final a través de una subrepticia alusión a los motivos, cosa que no dilucida con claridad y presteza.

8. POSICION DE MARTY FRENTE A LAS CRITICAS HISTÓRICA Y RACIONAL[337]

Este tratadista efectúa una sucinta revisión de las distintas vertientes anticausalistas, así tenemos:

337 MARTY, 1952, 1952, pp. 90 y ss.

a) Crítica Histórica

En Roma no era suficiente el simple consentimiento para crear obligaciones, requiriéndose para ello un acto jurídIco especial, un contrato nominado que actuaba como causa genética, de donde la causa de la obligación era como lógica consecuencia el contrato. Posteriormente por error de interpretación de los antiguos jurisconsultos y de Domat, se hizo de la causa un elemento de formación del contrato.

b) Respuesta a la Crítica Histórica

En su respuesta a la crítica histórica, no abona muchos elementos de juicio esclarecedores. Cree que es posible, aunque discutible, que los romanos no hayan tenido la noción de causa llamada en esa época como clásica; pero a medida que se acentuaba la evolución hacia la libertad de las convenciones, se dedujo la noción conocida de causa, de tal manera que los canonistas y los antiguos autores Franceses condujeron a la síntesis de Domat.

Creemos que es muy pobre este argumento presuntamente impugnatorio del de la crítica histórica, por cuanto no se sustenta sobre una base sólida de interpretación de los textos romanos, antes al contrario, se alimenta de una incógnita que se acrecienta con el avance del discurso. Tampoco es cierto que la espiritualización del contenido contractual, la libertad ínsita enquistada en el seno de su estructura, dé pie para afirmar que la noción clásica de la causa encuentra su más lejano antecedente en el contenido troncal de la antigua Romanística.

c) Crítica Racional

Este planteamiento sostiene que la teoría de la causa, aparte de no tener fundamento histórico, es inexacta e inútil.

a) En los contratos sinalagmáticos es incomprensible el que cada obligación sea causa de la otra (s*ogénesis*), por lógica la causa debe preceder al efecto y ambas obligaciones nacen al mismo tiempo. Exigir que cada obligación tenga causa es exigir que la otra obligación tenga objeto. La teoría de la causa nada aporta de nuevo, basta que cada una de las obligaciones nacidas del contrato tenga un objeto para que la causa se convierta en un elemento superfluo y anodino.

b) En los contratos reales la entrega de la cosa es causa eficiente del contrato, y no la causa final. Basta decir que la entrega es indispensable para la formación del contrato real, sin estar obligados, por esto, a hablar de causa de la obligación. Es que la causa en este tipo negocial es básicamente fontanal.

c) En las liberalidades, la causa es el *animus donandi*: se dona porque se tiene la intención de donar; es una simple tautología que nada nos enseña.

Como corolario se concluye manifestando que la noción de causa es vacía, debiéndose suprimir del número de las condiciones del contrato: para la existencia de éste, basta el consentimiento y el objeto lícito y posible.

d) Respuesta a la Crítica Racional

a) La noción de causa no es inútil, si se la suprime de la formación del contrato debe introducirse inmediatamente de nuevo en otra forma.

Según este autor, es injusto estar obligado si no se recibe la contraprestación que se ha esperado: quien se obligó sin recibir la respectiva contraprestación, podrá intentar una acción de enriquecimiento sin causa (acción no contractual sino extracontractual), permitido en legislaciones anticausalistas como Suiza y Alemania. De la misma forma, en Roma no se admitió la causa

para la formación del contrato, pero se concedía suma importancia a la *condictio sine causa* (acción de enriquecimiento sin causa).

Estas observaciones parten del falso supuesto de la obligatoriedad de la causa en el seno de la estructura del negocio, mas no Es así como ya revisamos, porque su ausencia en nada perjudica el normal trámite contractual. Asimismo, la pretendida contraprestación es más un fenómeno propio de los actos sinalagmáticos que de la noción de causa. Por otro lado, el enriquecimiento sin causa alude a la obtención de un patrimonio por parte de un contratante sin contraprestación respectiva, de tal manera que estamos frente a un concepto de causa de marcado acento genético.

b) Sin causa en la ejecución del contrato es difícil explicar la interdependencia de las obligaciones en contratos sinalagmáticos. Los anticausalistas dicen que cada obligación es condición para la otra, lo que constituye decir lo mismo, pero con otras palabras.

De nuevo aterrizamos en la naturaleza del contrato sinalagmático, la que predica la interdependencia contractual como parte de su élan y no como un elemento adosado, advenedizo o impuesto, que no por llamarse condición puede pretenderse pensar que se intenta disírazar su naturaleza supuestamente causal.

c) Al negar la causa se colisiona con una abundantísima jurisprudencia que se manifiesta anulando contratos con causa ilícita en directa aplicación de los artículos 1131 y 1133.

Los anticausalistas dicen que la nulidad puede justificarse en otra forma, pues cuando la causa es ilícita, por este último hecho el objeto también es ilícito. Por ejemplo en la venta de una casa de tolerancia, el objeto de la obligación del vendedor es inmoral, y la causa de la obligación del comprador es también inmoral. Pero hay casos en que el objeto es lícito y la causa no. Es el caso de la venta

de una casa para instalar en ella una casa de tolerancia. El objeto de la obligación del comprador (pagar el precio), es absolutamente lícito; lo mismo acontece con el objeto de la obligación del vendedor (entregar la casa), pero la causa es ilícita porque el motivo común a las dos partes ha sido la instalación de una casa de tolerancia, siendo un motivo inmoral.

Como podemos observar en estos últimos acápites, la causa apreciada en su fisonomía ilícita, tiene un notorio apego al aspecto moral dada la interpretación del derecho judicial que hace reposar su naturaleza en los principios motivacionales, apartándose de la noción clásica de la causa que repudiaba toda intromisión de estos elementos subjetivos.

Sin embargo, como lo estudiaremos más adelante en el neocausalismo, este fin ilícito que motiva la nulidad de estas convenciones también es fácilmente desplazado y reemplazado por la condición o por el propio consentimiento, por cuanto si en un negocio no se conoce o no se puede conocer el motivo del mismo, no pasa de ser un simple impulso intrascendente y nimio.

"Es verdad -manifiesta Marty- que al hablar de causa ilícita en casos como los que acabamos de determinar, se sobrepasa la teoría clásica de la causa. Pero, justamente, la utilidad de las teorías anticausalistas consistió en señalar la insuficiencia de la noción clásica de la causa, así como lo limitada de ésta."[338] Y con este explícito reconocimiento a la insuficiencia de la noción clásica de la causa fin, veamos lo concemiente al esquema de Josserand.

338 MARTY, 1952, 1952, p. 95.

9. POSTURA DE JOSSERAND CON VISTA AL NEOCAUSALLSMO[339]

Este tratadista después de pasar revista a las duras imputaciones de falsa e inútil por parte de Planiol a la causa clásica, plantea su descargo de la siguiente manera:

A) La Teoría de la Causa no es Falsa

a) "Es perfectamente comprensible que, en los contratos sinalagmáticos, las obligaciones, nacidas simultáneamente, se sirvan, sin embargo, respectivamente de causa; la relación de causalidad *no implica de ningún modo un escalonamiento en el tiempo*: existe entre dos electricidades que se atraen o que se rechazan, lo mismo si nacen simultáneamente que si se producen en momentos diferentes. Cuando dos fuerzas se encuentran, reaccionan la una sobre la otra, aun cuando hayan nacido en el mismo instante. Por lo demás, aquí, las dos fuerzas, las dos obligaciones en presencia están dominadas, postuladas, por la voluntad de las partes, que las sitúan, en el tiempo, sobre el mismo plano."

Esto constituye un intento vano de defender lo indefendible, de tratar de salvar una noción que a todas luces resulta rebatida por propios y extraños, es una exageración de la dogmática civilista comprensible ya que la teoría se hallaba en ciernes y no lograba la evolución conocida posteriormente ¿Cómo poder entender que una obligación que nace al mismo tiempo que otra constituya su estímulo y sea a la vez respuesta de la otra que también resulta ser estímulo de la contraria y respuesta a su vez? la explicación sólo cabe dentro de una fantasía doctrinaria que nada tiene que envidiar a los ilusiónismos.

339 JOSSERAND, 1950, pp. 194 y ss.

b) En los contratos reales la misma prestación puede desempeñar los dos papeles de causa final y de causa eficiente

Obviamente se insiste en conservar la orla finalística de la entrega del objeto en los negocios reales, pese a que paladinamente ya se acepta que también es un elemento eficiente, pretendiendo congeniar con el adversario aceptando su tesis sin abandonar la propia.

c) El *animus donandi* establece la diferencia entre actos de beneficencia y actos a título oneroso.

Esta utilidad es de muy pobre secuela y argumentación, que la causa sirva para fines didácticos o taxonómicos develiza la inopia teórica de su defensa.

B) La Noción de Causa no es Inútil

a) La teoría de la causa permite atacar operaciones sinalagmáticas que con la sola teoría del objeto ilícito sería insuficiente, tal es el caso del individuo que se hace prometer una suma de dinero por *no cometer* un delito; las dos obligaciones en cuanto a sus objetos son irreprochables: La suma de dinero y la no perpetración de un crimen. Sin embargo, la combinación es inmoral y escandalosa por la causa ilícita la que pone en relación las dos obligaciones correspondientes: es inmoral hacerse prometer una retribución con *el fin* de no transgredir la ley; lo que hace la combinación intolerable es la *relación de causalidad* que une ambas obligaciones.

No nos parece que por la combinación de estos dos tipos de objeto se desemboque en la ilicitud de la causa, por todo lo dicho esta misma ilicitud fácilmente puede encontrarse dentro del objeto de la obligación de una de las partes: el comprometerse a no violar la ley, a no delinquir. Esta prestación, que en sí es un objeto, y no simplemente el entregar una suma o cumplir una omisión, es en sí

ilícito por cuanto nadie puede obligarse a no cometer lo que la ley por mandato imperativo le prohibe, en otras palabras, nadie puede voluntariamente obligarse a no perpetrar lo que legal y previamente está obligado a no hacer; en todo caso si no nos gusta el carril de la ilicitud tenemos el de la inexistencia jurídica de este objeto que se traduce en la nulidad del contrato. Fenecido el contenido, fenecido el continente.

b) En los contratos sinalagmáticos la noción de causa hace que se destaque la *interdependencia* de las obligaciones que de ella nace; reposando sobre ella: 1º la teoría de la *resolución* de los contratos bilaterales por razón de la inejecución de las obligaciones que incumben a una de las partes, 2º la teoría de los riesgos, 3º la teoría de la *exceptio non adimpleti contractus*.

Para todas estas situaciones derivables de la interdependencia de los negocios sinalagmáticos, corresponde, como muy bien se explicó *ut antea*, a la misma naturaleza de este tipo contractual sin necesidad de remitirse a foráneos ingredientes cuya validez asaz está en entredicho. En todo caso estas figuras civiles pueden ser explicadas mediante la causa genética y no la final, en un tramado de responsabilidad contractual (teoría de la causa próxima).

Además, es necesario aclarar que, conforme lo sostuvimos en el capítulo destinado a la causa en la Edad Media, la *exceptio non adimpleti contractus* y el *pacto comisorio* hicieron que las obligaciones sean correlativas en los contratos sinalagmáticos, de modo que no serían consecuencia de la teoría de la causa sino ésta fruto errado de aquellos mecanismos. También observamos cómo se desemboca en el adagio *non fides servanti, non est fídem servanda*, y que luego serían estas mismas herramientas las que solucionarían álgidos problemas como el precio injusto, la lesión, etc. Demás estaría también recalcar que *la querela non numeratae pecuniae* puso su grano de arena para

solucionar situaciones injustas y desequilibrantes, todo ello en un marco en el que la atención se dirige a medios de prueba que se inspiran en las valoraciones de orden, paz, justicia, etc. que nacen como demandas de la sociedad que ve quebrantado el orden público. De allí los causalistas crean incorrectamente una teoría incorrecta y postiza.

c) A través de la noción de causa se pueden distinguir las liberalidades y los actos interesados, siendo lo decisivo la intención liberal. No hay liberalidad sin voluntad de beneficencia, que se convierte así en la piedra de toque del título oneroso y del título gratuito.

Ya lo explicamos en parágrafos anteriores de modo que huelga mayor dilucidación, sólo queda reiterar que la importancia de una teoría no puede sustentarse en la utilidad didáctica a despecho de su indigencia práctica.

Como conclusión Josserand anticipa: "Hay que ser, pues, causalista: la causa, en el sentido clásico de la palabra, es un concepto indispensable. A la noción clásica de la causa no se le puede reprochar que exista, sino más bien que exista insuficientemente, no es cosa, pues, de eliminarla de nuestras leyes, sino de asegurarle, por el contrario, un más vasto campo de aplicación."[340]

Siendo un poco generosos con este gran doctrinario, precursor del neocausalismo, vamos a remitir nuestros comentarios al capítulo siguiente que versa sobre este tópico.

10. CONCLUSIONES

1. La causa es un elemento innecesario porque lo único que hace es duplicar, inútilmente, los elementos indiscutibles del contrato,

340 JOSSERAND, 1950. p. 106.

con los que es confundida; además, los resultados a que llegan los autores causalistas se obtienen con dichos elementos indiscutibles y sin hacer intervenir a la causa. Todo esto se demuestra analizando la causa en cada una de las clasificaciónes de los contratos.

2. Ernst explicó que si la causa en los contratos a título oneroso es lo que cada una de las partes debe respectivamente a la otra, entonces se la confunde con el objeto de la convención y, por tanto, de nada sirve hacer de una sola y misma cosa dos elementos separados. En los contratos a título gratuito, si la causa reside en la liberalidad del bienhechor, no es tampoco verdad que forme por sí misma una condición exterior de la existencia de estos contratos. No se puede separar el sentimiento que anima al donante de la voluntad que él expresa, para hacer un elemento del contrato.
3. Dabín se pronuncia por la imposibilidad psicológica de dividir la voluntad, siendo el consentimiento una realidad psicológica indivisible, no obstante, por la teoría del fin jurídico la causa del contrato resulta siendo un suplemento del consentimiento. Cree que la causa no es aislable del consentimiento, forma un todo con él: el fin está incurso en el consentimiento. Dabín, además, piensa que la causa en los contratos reales corresponde a la causa etiológica; en los sinalagmáticos -u onerosos desde la perspectiva de Pothier- corresponde a la misma naturaleza de este tipo contractual enancado en el consentimiento que recae sobre las obligaciones interdependientes; y en las liberalidades, el ánimo de liberalidad se confunde con la intención misma.
4. La causa clásica, para Planiol, es un concepto falso por cuanto tanto en los contratos sinalagmáticos es materialmente imposible e ilógico el proceso de *sogénesis* o nacimiento simultáneo de causa y efecto; en los contratos reales se confunde la causa final

con el hecho generador y en la liberalidades la causa es vista o como el motivo particular justo y razonable o como el simple *animus donandi*, en clara negación de la intención clásica de separar el motivo de la causa, y en ostensible identidad con el consentimiento.

Además, es un concepto innecesario por cuanto se puede arribar a las mismas conclusiones a partir de la aplicación práctica de otras instituciones como las del objeto y el consentimiento.

5. La teoría clásica de la causa -por todo lo sostenido- es una concepción falsa, inútil, postiza, super-erogatoria, superflua, repetitiva, tautológica, huera, infantil, pueril, etc., bien hecha para enredar el tramado contractual de la madeja negocial, en este cielo de conceptos en el que no representa ninguna realidad mas que una ficción de calistenia neuronal. En pocas palabras, es un engendro, un adefesio jurídico, por lo que "la causa es la causa (es decir, a nuestro parecer, nada.)"[341]

341 DABÍN, 1929 p. XXVIII.

Capítulo VI
EL NEOCAUSALLSMO

1. Introducción. 2. Actuación de la Jurisprudencia Francesa. 3. Evolución de la Concepción Jurisprudencial. 3.1. Primera Fase: 1804-1832. 3.2. Segunda Fase de la Jurisprudencia (De 1832 Para Delante). 3.3. Sentido de la Sentencia Pendariés (1832). 3.4. Sentencia Ducamp. 3.5. Caso de la Casa De Tolerancia. 4. Teoría Del Neocausalismo Psicológico: Bonnecase. 4.1. Sobre la Causa Clásica. 4.2. Sobre su Análisis con Respecto a la Noción de la Jurisprudencia sobre la Causa de los Actos Jurídicos. 5. Doctrinas Unitarias, Universales, Híbridas o Eclécticas. 6. Concepción del Neocausalismo Bilateral (de Josserand). 6.1. De la Causa Abstracta y Genérica del Código Civil. 6.2. De la Causa Impulsiva y Determinante o Móvil Individual. a). Actos a Título Oneroso. b). Liberalidades. 6.3. Corolario. 6.4. Correlato Doctrinario. 7. Sistema Neocausalista Sincrético (de Capitant). 7.1. - La Causa Frente a la Obligación. 7.2. Sinalagma Funcional y Sinalagma Genético. 7.3. Sistema Causal. 7.4. La Causa Según la Diversa Tipología Negocial. a). Causa en el Contrato sinalagmático. b). Causa en Contratos unilaterales. c). Causa en Contratos a Título Gratuito. 7.5. Balance. 7.6. El Motivo Frente a la Causa. 7.7. Corolario. 7.8. Panorama Doctrinario. 8. El Simple Motivo y el Motivo Causalizado. 9. El Móvil Como Elemento de la Voluntad. a). La Concepción. b). Representación. c). Deliberación. d). Decisión. e). Ejecución. 10. Neocausalismo Hipersincrético. 11. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Como recordaremos, la teoría clásica quedó reducida a una mera copia imperfecta de Alguna institución del derecho romano (contratos innominados), introduciendo Domat dicha falsedad doctrinaria en el contrato sinalagmático para luego desperdigarla entre los contratos reales y los gratuitos; considerando, además, que

el Derecho Romano no legó a la humanidad una teoría orgánica de la causa, sino una Babel terminológica -como dice Gorla- con respecto a la misma.

La causa clásica, como lo hemos señalado en el capítulo referido al anticausalismo, contó entre sus principales detractores a Ernst, Laurent, Demogue, Dabín, Baudry, Lacantinerie, Barde, Planiol, Giorgi, entre dos o tres tratadistas más, quienes coincidieron en señalar que la causa clásica, ya sea vista en su versión *objetiva* o *subjetiva*, era superflua, postiza, infantil, pueril, huera de substancia, falsa e inútil.

Sin embargo, algunos tratadistas más generosos piensan que la causa clásica podría gozar de Alguna utilidad académica (para hacer un poco de calistenia mental, tal vez) mas no de una utilidad práctica ni normativa[342], ya que en realidad constituye un *engendro*, un adefesio jurídico, un laberinto hecho para confundir más que para solucionar los problemas más acuciantes de la sociedad.

Luego vimos cómo los redactores y comentadores del Code Napoleón siguieron imperfectamente las huellas de Pothier, quien a su vez siguió asistemáticamente los pasos de Domat, por lo que la auténtica concepción objetiva de la causa pasó a tomar un cariz subjetivo, y de allí nuevamente se objetivizó para no confundir la causa con el motivo, del cual la pretendían separar a ultranza sus sostenedores. Sin embargo, el Código Civil Francés, quedó impregnado de la concepción clásica contando, por ende, con artículos expresos sobre ella (1108, 1131-1133) en los que se hacía mención a la causa de la obligación como elemento del contrato, a la falta de causa, falsa causa y causa ilícita.

Por su parte, la jurisprudencia Francesa anduvo errática en la aplicación de la teoría de la causa: en un primer momento, llegó a

342 SPOTA, 1980, pp. 5-7.

la concepción clásica indirectamente mediante la aplicación de otros artículos del Código Civil, en los marcos de una interpretación exegética y legalista del cuerpo legal; sin embargo, en un segundo momento, empezó a tener una consideración más abierta y menos legalista en el análisis del acto jurídico que contravenía el orden público y las buenas costumbres.

En este segundo período es que la jurisprudencia ejerce un natural control del orden público y las buenas costumbres, lo que era obvio por ser ésta su natural función. "Los tribunales ejercieron el natural contralor del orden público, la moral y buenas costumbres que *necesariamente* estaban destinados a ejercer. Se apoyaron en los artículos 1131 y 1133, como se hubieran podido apoyar simplemente en los nrincipios generales del Derecho, si no hubieran existido los artículos citados."[343]

Como vemos, fue la valoración la que ejerció protagonismo para impugnar negocios contrarios al orden público y buenas costumbres, a través del análisis de la colisión de la voluntad contractual con estos citados parámetros, considerando que dentro del consentimiento se encuentra, indiscutiblemente, el móvil como motor de la voluntad.

Demás está recordar que en la Edad Media, las *exceptiones* (*exceptio inadimpleti contractus*, *querella non numeratae pecuniae*, pacto comisorio, presunción de inejecución de obligación correlativa, etc.) en el marco de un fuerte sistema de valores, hicieron posible derribar situaciones en franca confrontación con el orden público y la moralidad, sin echar mano de ninguna teoría de la causa.

A partir de la actuación de la jurisprudencia, y en clara demostración de que la causa clásica era falsa e inútil, se pretendió crear otra noción de causa echando mano del legado de la

343 PARODI, 1955, p. 885.

jurisprudencia, de forma tal que se emparentó a la causa del Código con la idea de móvil determinante (Bonnecase: neocausalismo psicológico), o se puso al lado de la concepción clásica otra noción subjetiva de motivo impulsivo y determinante (Josserand: neocausalismo bilateral) o se creó una noción remozada de la causa clásica, vista en su aspecto funcional y no sólo genético, coligada con una idea subjetiva del motivo causalizado (Capitant: neocausalismo sincrético), inaugurando de esta forma la corriente neocausalista.[344]

Se dice que la teoría del neocausalismo pretende surgir para dar respuesta práctica a la nulidad de ciertos actos con objeto lícito y finalidad ilícita[345] (entendiendo ésta como el motivo determinante), incluso para aquellos otros donde la causa clásica era lícita. Por ejemplo, en los contratos de arrendamiento a fin de instalar un garito o casa de juego, la causa clásica consistía en dar una cantidad de dinero por el uso de la casa y entregar ésta a cambio del numerario, sin consideración Alguna por la razón o motivo decisorio que resultaba ilícito. Entonces, lo ilícito -según esta doctrina- era el fin concreto, particular y determinante de la celebración del acto: instalar una casa de juego.

Los móviles trascendentes del acto ya no son sólo los de alcanzar el fin próximo de obtener la prestación del co-contratante, sino otras razones o motivos particulares explicativos del porqué se desea dicha prestación, que constituyen causa final desde la corriente neocausal. A partir de ello, el acto de voluntad se explica por móviles inductores

344 La causa final es la razón decisiva determinante de la celebración del acto, diferente en cada caso: es el móvil concreto, individual y variable que en un caso determinado ha inducido e incitado a las partes a contratar (Josserand); o según Bonnecase, el fin concreto que los autores del acto jurídico se esfuerzan por alcanzar (objetivo concreto, susceptible de ser diferente en los actos jurldicos de la misma categoría), o el fin o motivo determinante de la voluntad (Duguit), (Cfr. BEJARANO SÁNCHEZ, 1984. pp. 118-120).

345 BEJARANO SÁNCHEZ, 1984, pp. 123 y ss.

que le confieren de un matiz particular que lo pueden calificar de valioso o nocivo.[346]

Entonces, la causa ya no sería el elemento o fin abstracto y permanente siempre igual en cada tipo de negocio (concepción objetiva clásica), sino la finalidad concreta perseguida por las partes en el negocio contemplado en particular.

Pero también debemos recordar a Aristóteles, visto en el capítulo referido a las generalidades de la causa, para quien la causa final era el motor de la voluntad; y también rememorar a Santo Tomás de Aquino quien creía que la causa final era *prima in intencióne*, *postrema in executione* (primera en intención, postrera en ejecución)[347], con lo cual la causa final es el motor de la voluntad por ser una parte de ella, su elemento más importante y no un sustrato o complemento de la voluntad que venga a integrar la estructura negocial a modo de elemento estructural. Más tarde veremos cómo el motivo sí puede ser un elemento *accidental* del negocio, y no esencial, a modo de condición, carga, etc., con lo cual el neocausalismo queda desplazado como teoría conglobante.

---

346 Lo que el neocausalismo pretende aportar al mundo es una causa entendida en sentido teleológico: finalidad y razón de ser; siendo sus *ideas-fuerza* las siguientes: a). Superación de la teoria clásica de la causa. b). - Presencia de un elemento teleológico en el contrato. c). -. Posibilidad de distinguir la causa de las instituciones del objeto y del consentimiento; puntos que luego desbrozaremos detenidamente (Cfr. LAVALLE ZAGO, 1991, pp. 145 y 55.)

347 Por su parte, Cifuentes erradamente piensa que Domat y Pothier siguieron las fuentes romanas y que el neocausalismo constituyó una suerte de reividicación de tal postura: "De este modo explica Cifuentes- la vieja orientación canonista, dejada de lado por Domat y Pothier que volvieron al sistema romanista, ha aparecido nuevamente con su impronta subjetiva, pues los canonistas hacían de la causa un *obiectum intellectus*, con carácter psicológico." Sin embargo, ya vimos cómo los doctores del causalismo clásico analizaron incorrectamente las fuentes romanas, y que, por ende, resulta *ab initio* falsa e inútil la teorra clásica. (Cfr. CIFUENTES, 1986, pp. 186 y ss.)

Veamos ahora cómo se desenvolvió la jurisprudencia y cuál fue su interpretación de la realidad, para luego analizar cómo la doctrina útilizó tal predicamento para edificar sus lucubraciones.

2. ACTUACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA

Aclaremos, desde el umbral, que el aporte de la jurisprudencia no constituye en sí una teoría sino más bien una clase de interpretación del acto jurídico ilícito, a partir de la cual las posturas teórico-doctrinarias posteriores se vertebrarían en torno a este meollo. Esta interpretación nació, por ende, de la necesidad de dar respuesta real y concreta a negocios que cumplían formalmente con los elementos esenciales integrantes del acto jurídico, pero que, sin embargo, la intención común de las partes tenía un fin contrario al orden público y la moralidad.

De esta manera, será el juez el encargado de indagar el motivo subjetivo determinante de la celebración del negocio lícito en la formalidad, pero ilícito en la realidad. Para ello, entonces, se crea una noción subjetiva de causa que discrepa del concepto objetivo de la causa clásica, y toma en consideración el motivo, cosa que la teoría clásica pretendía evitar.

Los tribunales Franceses superan, entonces, la significación auténtica y primigenia de la palabra causa empleada en el Código Napoleón, y echan mano de los artículos 1131 y 1133, para referirse al motivo ilícito contrario al orden público y buenas costumbres, pero entendiendo estos móviles como porción de la voluntad consensuada de los agentes y no como independientes elementos esenciales del negocio. De esa forma, los jueces resultaron llamados a "sondear los corazones."[348]

348 PLANIOL y RIPERT, 1946, p. 388.

Así la primera aplicación de esta vertiente jurisprudencial la podemos encontrar en los actos jurídicos ilícitos en su fin, por ejemplo en los famosos contratos de arrendamiento de inmuebles para el funcionamiento de garitos o lenocinios; o contratos de compraventa de bienes muebles para decoración o abastecimiento de negocios inmorales o lesivos al orden social; o también aquellos otros contratos unilaterales, contratos reales como el mutuo, celebrados con el propósito de fomentar el juego u otros vicios; o aquellas donaciones realizadas a hijos adulterinos o incestuosos o a cualquier persona para corromperla (como la donación para el establecimiento o continuación de un concubinato.)[349]

No es que los tribunales hayan querido dotar a la causa legal de un significado totalmente nuevo, lo que ocurre es que se basaron en los artículos destinados a la causa ilícita (1131 y 1133), como pudieron haberse cimentado en la valoración o los principios generales del Derecho. Además, debemos aclarar que la jurisprudencia superó la noción abstracta de la causa clásica y pretendió anular negocios inmorales atendiendo a la motivación, como parte del consentimiento, en colisión con el orden público y las buenas costumbres.

De esta manera, la nueva interpretación jurisprudencial Francesa de la causa impulsiva y determinante obedece a una orientación filosófico-política opuesta a la que presidió el engendro de Domat[350] y

349 En cuanto a los contratos anulados por causa de móviles ilicitos determinantes de la voluntad vemos que Capitant los agrupa en cuatro clases:
a). Contratos para la explotación de casas de tolerancia.
b). Locación de inmuebles para instalar casas de juego.
c). Corrupción electoral.
d). Préstamo hecho para el juego.
Asimismo, en el campo de las liberalidades propone algunos casos como los siguientes:
a). Donación entre concubinos.
b). Testamento donde se gratifica al hijo adulterino o incestuoso, entre otros. (Cfr. MARTY, 1952, 1952, pp. 884-885.)

350 OSPINA Y OSPINA, 1980, pp. 286-288.

en contra, *ergo*, de su principio ultraindividualista, en el marco de una paladina intervención del aparato jurisdiccional en los actos jurídicos lícitos en sus prestaciones (objeto) e ilícitos en su finalidad. Es que, como lo veremos en el capítulo destinado al acto jurídico vs. Negocio jurídico, el clima que envolvió el nacimiento del Code Napoleón era eminentemente individualista, con escasa participación del elemento social en la vida del acto; en cambio, la jurisprudencia, con buen criterio, pretende separarse un tanto, obviamente como resultado de las demandas socio-económicas, de interpretaciones legalistas y exegéticas que no respondían los problemas sociales, y que sólo los reproducían.

Ahora bien, revisemos cuál fue la evolución y desarrollo de esta concepción jurisprudencial de la causa entendida como motivo subjetivo.

3. EVOLUCIÓN DE LA CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL[351]

3.1. Primera Fase: 1804-1832

En esta etapa la Corte de Casación no aplica directa y expresamente la tesis clásica de la causa, llega a ella indirectamente apoyándose en textos especiales del Código Civil, en el marco de una interpretación rigurosamente inspirada en la ortodoxia de la escuela de la exégesis.

Con la sentencia Lémur del 14 de mayo de 1810, la Sala Civil de la Corte de Casación, según conclusiones del Procurador General Merlín, casó una sentencia de la Corte Limogues, que había anulado unas donaciones cuyos beneficiarios eran hijos adulterinos, teniendo en cuenta el artículo 340 opuesto a toda distinción e investigación indirecta de la paternidad natural.

351 BONNECASE, 1945, pp. 254 y ss.

Posteriormente con la sentencia Lanchere del 28 de junio de 1815, la Sala Civil de la Corte de Casación presidida por el Conde Muraire, teniendo como notable ponente al Inspector General de las facultades de Derecho, Consejero, al mismo tiempo, de la Corte de Casación, Chabot de l'Allier, confirma la doctrina de la sentencia Lémur, oponiéndose a la aplicación de la causa ilícita como motivo y basándose en el carácter de hijos adulterinos los beneficiarios de una donación. Así, por el artículo 335, se impide por respeto a las buenas costumbres y pudor social, todo reconocimiento y conversión voluntaria de los crímenes de incesto y adulterio, previniendo litigios escandalosos que podrían originarse por virtud de estas vergonzosas revelaciones. Por lo que, si a pesar de la prohibición, se hubiere hecho este reconocimiento, no podría producir ningún efecto. De manera que las confesiones voluntarias de una filiación incestuosa o adulterina quedaban prohibidas por los mismos motivos que el reconocimiento voluntario de la paternidad adulterina o incestuosa, cual es la ofensa a las buenas costumbres y el pudor social.

Sin embargo, es preciso remitirnos a lo que la propia sentencia Lanchere, *ad pedem*, dictaminó:

> "Vistos los artículos 10 de la ley del 12 de brumario año segundo y 100, 335, 340, 342, 763, 764, 903, 1350, 1351 y 1352 del Código Civil; considerando sobre el primero, tercero, cuarto, quinto y sexto medios propuestos por los recurrentes: 1º Que conforme al artículo 10 de la ley del 12 de brumario año II, el estado de los hijos reconocidos bajo el imperio de esta ley, por Jean Lanchere y Marie Batard debe reglamentarse por las disposiciones del Código Civil, por haber éstos sobrevivido a la promulgación de dicho Código; que como el estado de los hijos naturales solamente puede depender de los reconocimientos que hayan hecho sus

padres, los suscritos por Jean Lanchere deben reglamentarse por el Código Civil, y por el artículo 335, puesto que se trata de reconocimiento de hijos adulterinos; que el objeto de ese artículo, proclamado por los oradores del Gobierno y por los del Tribunado fue impedir, *por respeto* a *las buenas costumbres* y *al pudor social*, *todo reconocimiento* y *toda confesión voluntaria de los crímenes de incesto* y *adulterio*, y *prevenir los litigios escandalosos que podrían origirnarse por virtud de estas vergonzosas revelaciones*; que en estas condiciones, cuando a pesar de la prohibición de la ley, se haya hecho este reconocimiento, no puede producir ningún efecto... 2º Que las confesiones voluntarias de una filiación incestuosa o adulterina están prohibidas por los mismos motivos que el reconocimiento voluntario de la paternidad adulterina o incestuosa; que igualmente ofenderían a las buenas costumbres y que atentarían contra el pudor social; que asimismo producirían litigios escandalosos, siendo, en consecuencia, legalmente ilícitas; que, por otra parte, buscar en los hechos y documentos la prueba de la confesión de una filiación adulterina, equivaldría a investigar indirectamente la paternidad; que toda investigación de la paternidad está expresamente prohibida, sobre todo, tratándose de adulterio, por los artículos 340 y 342 del Código Civil; y que según la regla general establecida por estos dos artículos, la investigación únicamente es procedente ya a favor de los hijos, para establecer su filiación; que, por último, en este caso, los hechos y documentos, que contuvieran la confesión, de parte de la viuda Blanié y de sus dos hermanos, que son hijos adulterinos de Jean Lanchere, no han sido ni discutidos ni interpretados por la sentencia recurrida; que esta sentencia

> no apreció la prueba que pudiera resultar de ellos; 3º Que por las razones anteriores se deduce necesariamente que la sentencia recurrida ha hecho una justa aplicación de los artículos 10 de la ley del 12 de brumanio año II y 100-335-340 y 342 del Código Civil y *obtenido de ellos consecuencias justas al decidir que, no obstante todos los actos* y *juicios de rectificación dictados, el estado de la viuda Blanié* y *de sus dos hermanos permanece incierto; que ante los ojos de la ley son extraños a Jean Lanchére* y *que la incapacidad derivada de los artículos* 762 y 908 *del Código Civil no les* es *aplicable; que al fallar así no incurrió en ningún exceso de poder.* Por estos motivos, la Corte de Casación rechaza..., etc."

La Corte de Casación se niega a examinar los motivos de una liberalidad inmoral para destruirla, y se inclina por aplicar una decisión sustentada en textos de conformidad con su sentido literal y con la doctrina exegética, dentro del marco de una interpretación racional del Código Civil.

En esta primera etapa de la evolución jurisprudencial tenemos dos hitos demarcatorios bien claros, en primer lugar la sentencia Lémur que sostenía la posibilidad de casar una sentencia que anulaba una donación cuyos beneficiarios eran hijos adulterinos del *de cujus*, tomando en cuenta el artículo 340 opuesto a toda investigación indirecta de la paternidad natural; y en segundo lugar la sentencia Lanchere que confirma una sentencia de primera instancia que declaraba impertinente toda averiguación de la paternidad o filiación adulterina o incestuosa. De esta forma ambas sentencias desembocan en la doctrina que se sustenta sobre una interpretación pétrea de la norma legal que repugna toda identificación de la causa del acto jurídico con los motivos ilícitos que motivaran la actuación del declarante.

Enseguida veamos cómo se desenvuelve la segunda etapa evolutiva jurisprudencial a partir de 1832.

3.2. Segunda Fase De La Jurisprudencia (De 1832 Para Delante)

El 4 de enero de 1832, bajo la presidencia del primer Presidente Portalis, la Sala Civil de la Corte Suprema dictó la sentencia Pendarias que consagra de manera radical y definitiva, como tesis, el cambio de la jurisprudencia de la Suprema Corte, y el abandono, por ella, de la noción clásica de la causa, a favor del concepto que identifica la causa y el motivo, derivándose directamente toda la jurisprudencia posterior de la sentencia Pendariès.[352]

> Los hechos que motivaron la sentencia Pendariès son presentados en la forma siguiente por el Recueil Sirey; "De las relaciones que existieron entre Franvois Pendariès y Jeanne-Marie Dugour, su cuñada, nació el 16 de junio de 1817, un niño que fue inscrito en el Registro del Estado Civil, con los nombres de François Ilpid. El acta de nacimiento contiene, de parte de François Pendariès, el reconocimiento expreso de que este niño es hijo suyo y de su cuñada. Jeanne Marie Dugour falleció en 1821, habiendo hecho, el 6 de julio del mismo año, un testamento auténtico, por el cual legó la parte disponible de la sucesión a François Ilpid, en los siguientes términos: "Dono y lego a François Ilpid toda la parte y porción de mis bienes hereditarios que la ley me permite disponer en su favor en atención a la situación en que me encuentro, y además de la legítima que le atribuye la ley o que le atribuirá cuando muera yo, para que a su mayor edad goce y disponga de todo como le convenga. Con este fin, por el presente, nombro e instituyo a François

352 BONNECASE, 1945, pp. 256 y ss.

> Ilpid Pendariès, mi hijo, como mi único, universal y general heredero, en cuanto a la porción de mis bienes hereditanos de que pueda disponer respecto de él y en su favor; y en el caso de que François Ilpid Pendariès, no pueda, por, cualquiera causa, recibir toda mi herencia, entonces y sólo en este caso, dono y lego la totalidad propiedad y usufructo de mis bienes a mi cuñado François Pendariès, padre del mencionado François Ilpid Pendariès cuyo reconocimiento se hizo en el Registro del Estado Civil, así como todo lo que quede disponible de mi sucesión y que no pueda heredar mi mencionado hijo"...

Sobre estos hechos, y como consecuencia de las sentencias, de primera instancia y de apelación, tuvo la Corte de Casación que decidir sobre el alcance de la noción de causa en los actos jurídicos. Su sentencia dice así:

> "Considerando que según el artículo 1131 del Código Civil, toda obligación cuya causa sea ilícita no puede tener ningún efecto; que según el 1133, la causa es ilícita cuando es contraria a las buenas costumbres y al orden público; *considerando que las liberalidades hechas a favor de un hijo adulterino* o *incestuoso*, *cuando su causa es*, *evidentemente*, *el carácter de hijo adulterino* o *incestuoso del donante*, *son indiscutiblemente contrarias a las buenas costumbres*, *puesto que el artículo* 335 *que prohibe reconocer a los hijos adulterinos* o *incestuosos*, *tiene como fin evidente el mantenimiento de las buenas costumbres y el respeto del orden público*, *que tales reconocimientos lesionan esencialmente*; considerando que basar en la prohibición establecida en el artículo 375 del Código Civil la capacidad del hijo adulterino o incestuoso, reconocido por testamento para recibir más allá de los

alimentos que le concede el 762, sería establecer, una contradicción manifiesta en el objeto y espíritu de ambos artículos, e introducir en la ley una anomalía inadmisible que la lógica desaprueba, considerando en este caso, que por los razonamientos de la sentencia recurrida, sobre la primera cuestión que plantea, resulta claramente que la Corte de Tolosa reconoció, de hecho, que la liberalidad hecha en el testamento de Jeanne Marie Dugour, a favor de François Ilpid, *tuvo como causa, el hecho de ser éste su hijo y de* François Pendariès, carácter que la testadora atribuyó expresamente al mencionado François Ilpid en la misma disposición que contiene esta liberalidad, que por otra parte, en el mismo acto se reconoció que François fue cuñado de Jeanne-Marie Dugour. Que, por tanto, el hijo nacido de su unión sólo podía ser, según el artículo 762 del Código Civil, hijo incestuoso, sin necesidad de hacer una investigación sobre la paternidad; que de lo anterior resulta que la sentencia recurrida reconoció en la disposición de que se trata, una cláusula contraria a las buenas costumbres, y que al anularla a este título, y al reducir su efecto únicamente a los alimentos a favor del mencionado Ilpid, lejos de violar el artículo 335 del Código Civil, armonizó este artículo y el 762 del mismo Código, y por ende *rechaza*..."

3.3. Sentido de la Sentencia Pendariès *(1832)*

Esta sentencia tiene la virtud de dotar de un nuevo sentido al concepto de causa, entendiendo por tal a la impulsiva: motivos concretos e individuales que determinan la voluntad, rompiendo, además, con el método exegético que interpretaba, en forma aislada, uno a uno los preceptos del código para establecer una interpretación

general que ve en el código un todo unitario articulado por el pensamiento de sus redactores.

Por su lado, el artículo 334 del Código Civil manifiesta que el reconocimiento de un hijo natural se hará por un acto auténtico cuando no se haya hecho en el acta de nacimiento; por su parte, en el artículo 335 encontramos que este reconocimiento no podrá referirse ni beneficiar a los hijos incestuosos y adulterinos; el artículo 342 expresa que no se admite la demanda del hijo con relación a la paternidad o maternidad en los casos en que, según el artículo 335, no proceda el reconocimiento; el artículo 340 manifiesta que se prohibe la investigación de la paternidad; el artículo 762 concibe que los artículos 757 y 758 no son aplicables a los hijos adulterinos o incestuosos: La ley sólo les concede alimentos. Lo que ocurre es que en aquella época era ilícito testar a favor de hijos incestuosos o adulterinos porque equivalía a corromper las buenas costumbres.[353]

En adelante todo este sistema queda subordinado a los artículos 1131 y 1133, susceptible a partir de entonces de ser eludido. En los artículos citados la obligación sin causa, o la que se funda sobre una falsa o ilícita, no puede tener efecto alguno. Es ilícita la causa, cuando está prohibida y cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres.

Particularmente pensamos que la sentencia Pendariès se circunscribe en el tema de anular un acto jurídico a título gratuito, en cuanto se sustenta en una causa final que resulta ilícita al proporcionar una liberalidad a favor de un hijo incestuoso o adulterino, cuyo reconocimiento es por demás prohibido por las leyes, que vetan negocios que lesionan las buenas costumbres y el orden público,

353 AZÚA REYES, 1993, p. 109.

reduciendo, por ende, sólo a efectos alimentarios los derechos que pudiera gozar el susodicho vástago.

A todas luces se llega a la misma conclusión a la que arribaron las sentencias estudiadas en la primera estancia evolutiva de la jurisprudencia Francesa, vale decir las sentencias Lemur y Lanchere: se anulan liberalidades asentadas en un hecho (reconocimiento de hijo incestuoso o adulterino) prohibido por las leyes.

Entonces lo único que cambia en este segundo segmento jurisprudencial es el modo de percibir las cosas, aunque con ambos métodos se arribe al mismo puerto. Con la doctrina anterior a 1832, tesis netamente exegética, legalista cien por cien, se anula lo que se logra con una tesis antiexegética y apoyada en una noción de causa final entendida como motivo determinante del acto jurídico, sino veamos lo que la misma sentencia Pendariès expresó: "*Considerando que las liberalidades hechas* a *favor de un hijo adulterino* o *incestuoso*, *cuando su causa es*, *evidentemente*, *el carácter de hijo adulterino* o *incestuoso*, *del donante*, *son indiscutiblemente contrarias* a *las buenas costumbres*, *puesto que el artículo* 335 *que prohibe reconocer* a *los hijos adulterinos* o *incestuosos*, *tiene como fin evidentemente el mantenimiento de las buenas costumbres* y *el respeto del orden público*, *que tales reconocimientos lesionan esencialmente*."

Lo anterior no quiere significar sino que la pretendida causa consiste en el reconocimiento de la situación de hijo adulterino o incestuoso del donatario, que lleva en mente el causante; situación que por más que pretenda engolfarse en los artículos causalistas (1131 y 1133), y generar un sistema jerárquico de principios generales al interior del cuerpo normativo civil a partir de postulados normativos, atisbamos que se puede alcanzar el mismo objetivo enrumbando el análisis a determinadas cláusulas que pudieran parecer totalmente

desvinculadas, pero que brindan andamiaje suficiente para invalidar pretensiones contrarias al ordenamiento moral tutelado por el legal.

Por otra parte, no se piense que por reputar que ambas tendencias llegan al mismo resultado, una por un camino exegético y otra por otro antiexegético, se pueda entender que estamos postulando un retroceso de la evolución de la jurisprudencia. Todo lo contrario, estamos a favor de que la judicatura investigue la voluntad consensuada de las partes, la misma que cobra efectos negativos para el contrato una vez que lesiona el orden público y las buenas costumbres, y, naturalmente, esta intención de las partes pasa por estudiar el móvil que las partes entrevieron de manera clara (ya que el móvil *in mente retentum* es irrelevante), pero que, por ello mismo, el aspecto más interesante es el juego de la valoración en concomitancia con la sociedad de cada espacio-tiempo: son los valores justicia, solidaridad, paz, poder, seguridad, orden, etc., lo que se toma en cuenta, y que si bien se aplicaron los artículos 1131 y 1133, pudieron haberse utilizado los principios generales del Derecho, máxime que por un camino enteramente legalista y sin acudir a un análisis o sondeo de los corazones, se llegaba al mismo producto.[354]

3.4. Sentencia *Ducamp*

Esta sentencia fue dictada por la Corte de París el 9 de febrero de 1867, decretando la nulidad de un legado a favor de la asistencia pública, porque la Corte estimó que había sido hecho ignorando el testador la existencia de herederos consanguíneos.

354 Dworkin cree que los jueces forman parte de una novela encadenada donde cada uno de ellos escribe un capítulo que en conjunto cobra sentido, *ad literam* "I have elsewhere said that judges are like authors jointly creating a chain novel in which each writes a chapter that makes sense as part of the story as a whole." (Cfr. DWORKIN, 1996, p. 10.)

El texto de esta importante sentencia según el Recueil Si rey es el siguiente: "El señor Ducamp, jefe de escuadrón en retiro, falleció en Batignolles en 1865. Hijo de un oficial superior, que desde 1760 había abandonado su lugar de origen y su familia, para seguir la carrera militar, el señor Ducamp no conocía ningún pariente suyo. Por un testamento hecho en 1862, después de haber declarado que no tenía herederos y que no debía nada a nadie, legó a los pobres las acciones y obligaciones del ferrocarril que constituían su fortuna. Advertidos varios miembros de la familia del testador por un comerciante, de la defunción de su pariente, demandaron al Director de la Administración de la Asistencia Pública, la nulidad del legado por causa de error. No estando aún autorizada la Administración para aceptar el legado, solicitó el sobreseimiento. Después de varios plazos, el Tribunal del Sena, por sentencia del 22 de junio de 1865 se negó a sobreseer admitiendo la demanda de los herederos.

Como consecuencia de la apelación interpuesta por la Administración de la Asistencia Pública, la Corte de Apelación de París dictó la sentencia siguiente: "Considerando que ante los Tribunales de Primera Instancia, la Asistencia Pública se limitó a solicitar el sobreseimiento por no tener aún autorización para aceptar el legado; que en estas condiciones, errónea e irregularmente la sentencia recurrida resolvió en cuanto al fondo: Considerando, que por Decreto Imperial del 14 de agosto último la Asistencia Pública fue autorizada para aceptar la liberalidad hecha en su favor por el difunto Ducamp, según su testamento ológrafo de fecha 1º de enero de 1864; considerando que este negocio se halla en estado de resolución definitiva,

> que es solicitada por el apelante. En cuanto al fondo: Considerando que Ducamp, muerto en París el 24 de marzo de 1865 dejó un testamento ológrafo que principia con las siguientes palabras: "No teniendo herederos, y no debiendo nada a nadie, lego a los pobres las 38 acciones y las 20 obligaciones del Este que me pertenecen"; considerando que los actores han demostrado ser parientes en grado hereditario de Ducamp, y que este último ignoró en lo absoluto su existencia hasta el momento de su defunción; considerando que esta ignorancia fue la causa determinada del legado hecho a los pobres; que, como consecuencia de circunstancias especiales, Ducamp ignoraba que tuviese varios parientes colaterales en segundo grado y en difícil situación económica; que lo dicho al principiar el testamento y antes de toda disposición, obtiene de esta circunstancia un valor particular; y considerando que esto demuestra que el *testador no pretendía liberarse nunca de los deberes de familia ni los del reconocimiento y que si legó sus bienes* a *los pobres* se *debió* a *que no* se *creía sujeto* a *ninguno de estos deberes*; *que* es *evidente que de haber conocido tanto* a *su familia, como la situación en que se encontraba ésta, no hubiese testado como lo hizo; que la voluntad del testador fue determinada por un error de hecho y que su disposición* se *funda en una falsa causa*, declara nulo el legado, etc. ..."

Esta sentencia corresponde a la segunda etapa de evolución de la causa final, época en la que ya se identificaba la causa con el motivo determinante del negocio. En esta oportunidad estamos frente a una sentencia en la que se anula un legado de bienes patrimoniales ante la ignorancia, por parte del causante, de la presencia de parientes consanguíneos, los que posteriormente se enteran de la existencia del mismo y, como es lógico, reclamaron sus derechos correspondientes.

La nulidad, pese a pretender basarse en una causa falsa (desconocimiento de la existencia de los parientes), se sustenta en la teoría del error; el que podría catalogarse como error en el motivo (el causante expresamente manifestó que legaba sus bienes a los pobres porque no tiene herederos conocidos). Entonces se presenta una antinomia, por un lado se tiene que, según la teoría de la causa, cuando ésta resulta ser falsa, el negocio sería nulo; pero por otra parte, vemos que el mismo hecho constituye un error en el motivo, situación sancionable con la anulabilidad y no la nulidad del acto. Ello demuestra que la causa no es un elemento integral esencial del acto jurídico ante cuya falsedad se extinga la operación, antes al contrario, sólo le afectaría la anulabilidad por vía de error en la motivación.

3.5. Caso de las Casas de Tolerancia

La sentencia referida a la casa de tolerancia, lejos de ser insubstancial o anodina constituye un hito en la historia de la jurisprudencia relativa al sistema causal. Recordemos que la identificación de causa con el motivo nace para defender la moralidad y las buenas costumbres, extremos pobremente contemplados por la teoría clásica, pero harto sustituibles mediante otras fuentes. Al respecto dice la ejecutoria: Req. 12 de abril de 1895:

> "La Corte; sobre los dos motivos reunidos basados en la violación y errónea aplicación de los artículos 1131, 1132, 1133, 1134, 1315, 1376 Y 1902 del Código Civil y del artículo 72 de la ley del 20 de abril de 1810: Considerando que según los términos de los artículos 1131 y siguientes del Código Civil, *toda convención cuya causa sea contraria* a *las buenas costumbres no puede haber surtido ningún efecto.* Considerando que resulta, de los hechos probados en la sentencia impugnada, que la obligación suscrita el 12 de julio de 1890, entre los esposos "F" a favor de la señora de

> "B", tenga *por causa la adquisición de una casa de tolerancia*; que cada una de las partes contratantes ha tenido una parte igual en esta convención, cuyo cumplimiento han demandado los herederos de la señora de B.; que, en buenos términos de derecho, y desde ese instante, la Corte de París ha declarado mal fundada la demanda formulada por estos últimos, tanto a título de reembolso de la suma prestada como a título de repetición de esa misma suma, como si hubiera sido indebidamente pagada; que, al fallar así, por medio de una sentencia fundamentada con regularidad, no ha violado, en modo alguno, las disposiciones legales invocadas en el recurso; Por estos fundamentos, Rechaza."

Como vimos anteriormente, con la sentencia Pendariès el sistema interpretativo reproducía los resultados de una interpretación exegética celosa también del orden público y las buenas costumbres; con la sentencia Ducamp, vemos que la solución a la causa falsa es asumida por la teoría del error en la motivación; mientras que en esta sentencia, se tiene la particularidad de que la motivación es resaltada en el tramado negocial para endilgarle una valoración en la medida en que haya sido consensuada, es decir, conocida por ambas partes y elevada a modo de elemento.

A partir de esta sentencia, en especial, podemos entresacar una aseveración concluyente, en el sentido de que el negocio jurídico resulta nulo por ilicitud cuando su causa es ilícita, entendida ésta como el motivo que forma parte del mismo y es contrario a la moral o buenas costumbres, motivo que queda causalizado cuando ambas partes lo han convenido y querido. Sin embargo, no debemos olvidar que tal móvil debe ser entendido como parte de la voluntad y no como un elemento arrancado del *topus uranus* a modo de fruto maduro de

un árbol, a menos que se lo inserte en el contrato en la forma de un elemento accidental.

Para una sociedad de esta época, finisecular decimonónica, la venta de una casa de tolerancia constituía un negocio contrario a las buenas costumbres, de donde la ilicitud se encontraba en la propia declaración de voluntad del vendedor y del comprador: el primero quiere vender una casa destinada a la prostitución y el segundo comprar esa casa. Asimismo el contenido u objeto es igualmente ilícito, porque la declaración de voluntad negocial recae sobre una conducta que consiste en transmitir una casa de prostitución y en pagar un precio ajustado al destino de la casa: el objeto del contrato entendido como prestación tanto del vendedor como del comprador, el hecho mismo que engolfa la prestación es ilícito. De ahí que la tan pretendida imprescindibilidad de la causa como instrumento custodio de la moralidad, no sea un concepto absoluto sino que es fácilmente desplazable: la ilicitud debe descubrirse en los elementos esenciales del contrato: declaración de voluntad y en su contenido y objeto, en consonancia íntima con la valoración, el orden público y las buenas costumbres, no siendo la causa final un elemento esencial independiente del contrato coetáneo del consentimiento, salvo cuando ingrese al seno contractual bajo otras figuras como la condición, la carga, etc.

De esta forma, la causa es conceptuada dentro de la teoría jurisprudencial como un elemento meramente psicológico del acto jurídico, desprendido de la declaración de voluntad[355], pero asaz reemplazable por otras figuras.

En ciertos casos la causa se absorbe en el objeto de la contraparte y sólo aparecerá porque siendo ilícito por sí mismo este

355 BONNECASE, 1945, pp. 262 y ss.

objeto, bastará para destruir el acto, como el caso fallado por la Corte de Lyon (23 de junio de 1913), en que una anciana aceptó la práctica de experimentos de vivisección para que un médico demostrara la bondad de un procedimiento inventado por él, que devuelva a los senos la firmeza de la juventud. Entonces en este caso no serviría de mucho la teoría de la causa, cuando muy bien el objeto podría cumplir con suficiente holgura la función contralora de la moralidad y el orden públicos.

Volviendo al tema de las casas de tolerancia, en ciertos casos la jurisprudencia anula contratos cuyo objeto es la adquisición, cesión o explotación de la misma; teniendo en consideración que ésta exige que el móvil sea claro y común. La sentencia de Tolouse del 11 de enero de 1926, dice *ad pedem:*

> "La obligación *cuya causa es el embellecimiento de una casa de tolerancia* y en la cual cada una de las partes contratantes ha tomado parte, es contraria a las buenas costumbres y no puede producir ningún efecto. En consecuencia, cuando se demuestre que una persona ha prestado a otra una suma, *siendo la causa de este préstamo el 'mejoramiento' e 'incremento' de una casa de tolerancia*, y cuando no hay duda de que el acreedor tenía conocimiento del destino de los fondos prestados, por haber tratado personalmente con el arquitecto encargado de los trabajos de ampliación en el mismo lugar en que debían realizarse éstos, carece de fuerza jurídica el crédito invocado por dicho acreedor y debe reputarse como inexistente."

De esta forma, podemos encaminar nuestro análisis en el sentido de que por más que la prestación esté fuertemente vinculada al negocio, se sigue preteriendo su eficacia para privilegiar el estudio del motivo determinante en la figura de la causa final. Lo curioso del

caso es comprobar que más allá de esta sentencia, nos enfrentamos con otra que data de 1913 en la que se llega hasta el extremo de reputar inmoral cualquier contrato de mutuo que tenga por finalidad el embellecimiento o ampliación de las instalaciones de un prostíbulo. Más tarde veremos la evolución de las concepciones en materia de moral y consecuentemente de causa, derecho y sociedad, en el capítulo correspondiente al objeto.

Lo que es digno de comentar es que la causa se considera como el fin conocido por ambas partes, puesto en el tramado negocial en la figura de una prestación: "*el embellecimiento de una casa de tolerancia*" que resulta contrario al orden público y las buenas costumbres; lo que confirma el carácter accidental y no esencial de la causa móvil determinante.

De esta forma, tendremos múltiples flancos por los cuales llegar al resultado al que arriba la causa ilícita: podemos entender esa acción como la prestación ilícita, o comprender que se trata de una condición imposible o jurídicamente imposible, ya que la voluntad resulta ilícita cuando colisiona el orden jurídico. Del mismo lado, al revisar el tablero de los principales elementos del negocio, cuales son la declaración de voluntad, la capacidad y el objeto de la obligación, vemos que la causa final desempeña una vacua función resultando ser una institución sustituible y redundante para alcanzar los resultados invalidalorios del acto jurídico, dentro del marco del control jurisdiccional de la moral y las buenas costumbres.

Finalmente, si bien es cierto que la voluntad siempre debe estar guiada por un móvil que funciona como causa final, no podemos arribar a la conclusión de que este elemento se descuelgue de la misma y forme un ingrediente independiente y separado de su matriz basamental exigiendo carta de naturalización dentro de la estructura del acto jurídico. Lo que debemos entender es que este motivo para

ser causa, necesita ser común, conocido, formar parte del negocio, ser causalizado a través de un elemento accidental; de esta forma la figura de la causa tiene más que ver con la institución de la condición, la carga u otras figuras, que con un elemento artificial y arbitrario, supuestamente esencial, que se crea para reproducir funciones de otras estructuras y lograr resultados harto alcanzables mediante la prestación o la declaración de voluntad en atención al orden público, moral y buenas costumbres, en el interior del andamiaje negocial.

4. TEORÍA DEL NEOCAUSALLSMO PSICOLÓGICO: BONNECASE

Como anteriormente lo expresáramos, el legado de la jurisprudencia no es la construcción de ninguna teoría *per se*, sino el inicio de una corriente de análisis a través del natural contralor que debían ejercer los tribunales frente al orden público y las buenas costumbres. Sus resoluciones tomaron en cuenta los artículos 1131 y 1133, como hubíeran podido echar mano de los principios generales del Derecho u otros elementos, pero que, por ello, se empezó a asumir la causa como el motivo impulsivo y determinante de la voluntad, es decir, se hacía lo contrario de lo que la doctrina causalista clásica pretendía evitar.

En virtud de ello, y gracias a esta identificación, será la doctrina civilista la que empiece a inaugurar sus teorías desde diversas trincheras, así por ejemplo, Bonnecase entendió la causa no como el fin clásico, sino como el motivo causalizado, llegando a audaces conclusiones, aunque con muy pobre resonancia académica en el universo jurídico. Veamos paso a paso, su concepción acerca de la causa clásica y después con respecto al móvil determinante.

4.1. Sobre la Causa Clásica

Bonnecase realiza un escarceo intelectual en las Nociones de los doctores del causalismo, engolfando a los comentadores y redactores del Code Napoleón, refiriendo: "¿Qué es la causa en las obligaciones convencionales? Pregunta Demolombe. La causa a que se refieren los artículos 1108 a 1131 del Código de Napoleón es, responde, la que esencialmente determina las partes a obligarse, y que constituye el fin directo e inmediato que se propone alcanzar al hacerlo; en una palabra, es la causa final de la obligación misma. *La causa así definida, la causa determinante* y *final, debe distinguirse rigurosamente de la causa eficiente* y *de la impulsiva. La causa final reside en el fin inmediato que se propone alcanzar la parte que se obliga, precisamente al obligarse.* Tal es la regla. De esto resulta que a fin de conocer las diferentes causas posibles de las obligaciones convencionales, es preciso buscar en cada una de ellas, cuál es el fin inmediato que la parte obligada se propuso alcanzar. Lo que debe saberse es el por qué una de las partes contrajo una obligación con la otra... *cur promisit.* Ahora bien, la respuesta a esta cuestión evidentemente está subordinada a la diferente naturaleza de los diversos contratos. *Demostraremos esto, aplicando sucesivamente nuestra regla* a *los contratos sinalagmáticos*, a *los unilaterales y* a *los gratuitos.*"[356]

Hasta aquí conviene hacer una pausa para aclarar que la noción de causa clásica que recoge Bonnecase es la prodigada por Demolombe, el que, a su vez, tiene una interpretación subjetiva de la causa antedicha. No olvidemos que la auténtica concepción de Domat y Pothier participa de un fuerte criterio objetivo, luego la doctrina la subjetivizó confundiéndola con el motivo, para que después se la objetivice de nuevo guiados por el principio de la división entre causa y motivo. En este caso, Bonnecase tiene ante sí un planteamiento que

356 BONNECASE, 1945, p. 247.

reputa la causa clásica como el fin inmediato y directo siempre el mismo para cada categoría de contratos y que depende de la propia naturaleza de los mismos.

De esta suerte, la primeriza opinión que se viene al respecto es la de retrotraer nuestra sindéresis a las conclusiones propuestas en los capítulos referidos al causalismo clásico y al anticausalismo, en los cuales se concluyó que el fín inmediato y directo era parte de la voluntad, incluso el mismo causalismo, en boca de Diez-Picazo por ejemplo -como se verá más adelante en este mismo capítulo- arriba a la misma conclusión.

Sin embargo, Bonnecase propone estudiar cuál es este fin directo e inmediato en cada categoría contractual, dejémoslo explicarse: "¿*Se trata de un contrato sinalagmático*? La obligación de cada parte tiene por causa la obligación de la otra. En efecto, ¿por qué se obliga el vendedor a entregar el objeto vendido al comprador? ¿Cuál es el fin inmediato que se propone realizar al obligarse así? Obtener en cambio, la obligación del comprador, de pagarle el precio. Y, recíprocamente, ¿por qué se obliga el comprador a pagar el precio al vendedor? ¿Cuál es el fin inmediato que se propone realizar al contraer esta obligación? Obtener en cambio, la obligación del vendedor de entregarle la cosa (artículo 2882) y también según los principios modernos, la adquisición inmediata de la propiedad de esa cosa, cuando se trata de un cuerpo cierto (artículo 1138). Examínese sucesivamente uno por uno todos los contratos sinalagmáticos, y siempre se advertirá que la causa de la obligación de una de las partes es la obligación de la otra, y más bien el hecho o promesa de éstan.[357]

De esta manera sencilla, podemos comprobar que la idea de causa clásica que tiene Bonnecase es una noción subjetiva por cuanto

357 BONNECASE, 1945, pp. 247-248.

cree que la causa para cada parte es la consideración de la promesa o de la obligación de la otra parte, es decir, que uno se obliga para que la otra parte se obligue a su vez, ya sea a entregarle el bien o el precio según corresponda al ángulo de estudio.

No obstante ello, otra crítica que se le podría endilgar a este tipo de situaciones es que las partes no se obligan por la sola consideración de la contraparte; esto lo hizo notar muy bien Capitant, como lo veremos más adelante, quien manifestó que esta noción era infantil y huera de substancia, por cuanto las partes no se obligan sino para obtener el efectivo cumplimiento, la ejecución del contrato en sí, vale decir, la prestación misma y no sólo su promesa. Sin embargo, Bonnecase pareciera que se refiere a este extremo cuando al final de la cita manifiesta: "'y también según los principios modernos, la adquisición inmedita de la propiedad de esa cosa, con lo cual estaría incurso en la noción remozada de causa clásica de Capitant, pero aun así, tal noción no deja de ser igualmente infantil y huera de substancia por corresponder a la misma categoría doctrinaria, como lo veremos luego.

Repárese asimismo, que estas no son ideas propias de Bonnecase, sino las que recoge de Demolombe, sin embargo, nosotros manifestamos nuestras apreciaciones para analizar, junto al lector, por dónde va la crítica de Bonnecase.

En seguida veamos lo que se expresa con respecto a los contratos reales: "*En los contratos unilaterales*, -continúa el autor (*alude* a *Demolombe*)-, la causa de la obligación contraída por una de las partes, es el hecho o la promesa de la otra. **En estos contratos no debe confundirse, como en los sinalagmáticos, el objeto con la causa.**" Y luego propone el siguiente ejemplo: "Me he comprometido con una persona a pagarle diez mil francos. Esta suma constituye, indiscutiblemente, el objeto ¿Y la causa? La causa necesariamente

es relativa, y si se trata por ejemplo de un préstamo, en cuya virtud recibí esta suma, la causa de la obligación que tengo de devolverla consiste en el hecho de haberla recibido. La entrega que el mutuante me ha hecho, de los diez mil francos, es la causa de mi obligación.[358]

Entonces queda patente que la causa de la obligación en el contrato real o unilateral es la entrega previa de la cosa, la misma que constituye la causa eficiente del contrato, es decir, el hecho generador, la causa etiológica y no la teleológica. Por otra parte, es importante resaltar que Bonnecase confiesa que en los contratos sinalagmáticos, la causa se confunde con el objeto, con lo cual su percepción de la concepción clásica de la causa no es enteramente subjetiva sino que tiene vislumbres de marcada orientación objetiva.

Vamos ahora a revisar lo que se piensa al respecto de las liberalidades: "*Por último, en los contratos gratuitos*, la causa final consiste en la intención de hacer una liberalidad o de prestar un servicio. En estos contratos, donación, mandato, fianza, promesa de préstamo, etc. no existe ni podría existir otra causa..."[359] Y ya sabemos muy bien que este ánimo de liberalidad o *animus donandi* se confunde con el consentimiento o la voluntad, porque no podría pensarse, a menos de incurrir en un juicio pueril, que una persona que dona manifiesta su voluntad de donar y dona porque quiere donar, con lo cual la causa sería tautológica.

Finalmente, Bonnecase remata su análisis de la causa clásica con un concepto holístico: "*La causa es el fin abstracto, inmediato, rigurosamente idéntico en todos los actos jurídicos pertenecientes a la misma categoría, que persiguen fatalmente el autor o los autores de un acto jurídico determinado. Bufnoir precisó que este fin es inherente a la naturaleza del acto jurídico e impuesto por ella.*

358 BONNECASE, 1945, p. 248.
359 BONNECASE, 1945, p. 248.

Aplicada al contrato, la definición clásica produce el efecto de limitar a tres el número de causas posibles: la obligación de la contraparte en los contratos sinalagmáticos, la prestación efectuada por la contraparte en los contratos reales y la intención liberal en los gratuitos.[360]

De forma tal, que la lectura de Bonnecase de la causa clásica es la que reseñamos anteriormente: una interpretación que tiene consideraciones subjetivas, pero que, como dice Dabín, sigue la suerte de la antigua concepción objetiva causal, de modo que ambas resultan ser falsas e inútiles. Sin embargo, veamos en el acápite siguiente, cómo es que el autor desprecia la interpretación clásica y se inclina por el concepto subjetivo prodigado por la jurisprudencia.

4.2. Sobre su Análisis con Respecto a la Noción de la Jurisprudencia Sobre la Causa de los Actos Jurídicos

Bonnecase comienza a analizar la trascendencia de la herencia de la jurisprudencia con respecto a la concepción de causa, y para ello no hace sino también fórmular un análisis crítico con respecto al juicio causal clásico reseñado en el capítulo precedente.

El autor, *sub análisis*, fórmula una primera observación en la cual manifiesta: "La jurisprudencía cuenta, primeramente en su favor, con el carácter totalmente **inoperante** presentado por la doctrina clásica de la causa. Es indudable esto en lo que se refiere a las liberalidades. Si se identifica la noción de causa con la 'intención liberal', considerada en sí misma desde el punto de vista abstracto, una liberalidad derivada de los móviles más inmorales nunca sería anulada... Los esfuerzos hechos por Labbé para respetar la tesis clásica, llegando al mismo tiempo a la nulidad de liberalidades inmorales por medio del artículo 6 del Código civil, bastarían por sí solos para justificar la teoría de

360 BONNECASE, 1945, pp. 250-251.

la jurisprudencia. Verdaderamente debe prevenirse a los jóvenes juristas, contra la exégesis quintaesenciadan.[361]

Bonnecase, en este pasaje, no hace sino alentar un epíteto más a la larga serie de calificativos formulados no sólo por el anticausalismo, sino también por el causalismo, en el sentido de llamar a la causa clásica "inoperante", es decir, inútil, y sobre todo en lo que respecta a la causa de las liberalidades en las que la causa se confunde con la voluntad misma y donde ningún motivo inmoral sería relevante porque sólo se tendría en cuenta el *animus donandi* abstracto. Además, fórmula el aserto de que se puede anular un contrato gratuito inmoral utilizando otros mecanismos diferentes a los que pueda proporcionar la causa clásica.

En un segundo plano de observación, Bonnecase manifiesta: "La teoría clásica de la causa en sí misma es **contradictoria** en lo que se refiere a los actos jurídicos reales. La exposición de la teoría clásica de la causa, principalmente por Demolombe, demuestra que la esencia misma de esta teoría reside en la distinción de la 'causa eficiente' y de la 'causa final'. Ahora bien, *acéptese o no, la causa eficiente y la final se confunden en los actos jurídicos reales.* El contrato de préstamo surge, únicamente, al entregarse la suma prestada... Todos los esfuerzos de los más sutiles exégetas se han estrellado siempre contra la imposibilidad de hacer que la entrega del dinero prestado sea a la vez causa eficiente y causa final en el sentido jurídico y clásico del término.[362]

Una vez más, Bonnecase sigue aumentando más adjetivos razónados al engendro de la teoría clásica. En esta materia de los contratos reales, la causa clásica será contradictoria por cuanto se confunde con la causa fontanal, tal cual lo aseveramos anteriormente.

361 BONNECASE, 1945, pp. 263-264.

362 BONNECASE, 1945, p. 264.

De esta manera, Bonnecase concluye que la causa clásica será inoperante y contradictoria, y que como lo revisamos *ut supra* en el anterior acápite, la causa en los contratos sinalagmáticos se confunde con el objeto.

Pero no se crea por ello, que Bonnecase comparte una opinión enancada en los basamentos anticausalistas, todo lo contrario, en su tercera observación manifiesta *ad literam*: "La teoría de Ernst es absolutamente negativa; en otras palabras, en nada modifica el fondo de las cosas, tal como lo comprende la tesis tradicional; simplemente tiende a suprimir la palabra causa por no responder a una realidad y por representar, según ella, un aspecto del objeto del acto jurídico o del consentimiento. Dado que la realidad demuestra que ningún valor tiene la teoría de Ernst cae de su base al mismo título que la de los autores clásicos."[363]

Bonnecase manifiesta que ni Ernst ni sus seguidores han podido suprimir la teoría clásica de la causa, por cuanto su propia teoría también resulta falsa; sin embargo, si esto fuera cierto, Bonnecase no asumiría como válidas las impetraciones a la causa clásica -propias de la cantera anticausalista- que él mismo utiliza para criticar los contratos sinalagmáticos, reales y gratuitos; por ende, pretende negar con una mano lo que afirma con la otra, en franca demostración de que sus postulados están fuertemente cabalgados por los principios propuestos por la escuela anticausalista.

Por otra parte, una vez sepultada por Bonnecase la teoría clásica desde su postura singular, manifiesta que el sentido que el Code Napoleón le da a los artículos 1131 y 1133 en los que se alude a la causa, no es el que la causa clásica pretende otorgarle, sino otro diferente, así: "No *se ha advertido, que la teoría clásica de la causa, es*

363 BONNECASE, 1945, pp. 264-265.

una construcción meramente doctrinal derivada de Domat y Pothier. En forma Alguna es impuesta por los términos literales del Código civil. Ni el artículo 6, ni los artículos 1131 y 1133 dejan entrever nada que pueda fundar la teoría *tradicional...* Ahora bien, sabido es que con la teoría clásica la noción de causa es, de hecho, **inoperante**. Esta circunstancia bastaría por sí sola, para hacer que se rechazara dicha teoría."[364]

Bonnecase piensa que la teoría clásica de la causa resulta inoperante, contradictoria y, además, *hiperabstracta*, artificial y caprichosa, veámoslo: "*La teoría clásica de la causa solamente se explica por un* ***abuso inconsciente de abstracción****, efectuado apoyándose en la técnica jurídica, elevada esta misma* a *su punto más artificial* y *caprichoso*."

De esta forma tan clara, Bonnecase no sólo piensa que es inútil y falsa la teoría clásica, sino que su naturaleza inoperativa hace que no se deba interpretar los artículos referidos a la causa por el Code Napoleón en el sentido de causa clásica, sino en otro sentido que, en el último punto -el quinto- se encarga, de esclarecer: "*Es evidente que teniendo el Derecho por objeto la realización de la armonía social, sólo puede tomar en consideración la noción de causa en la medida en que es susceptible de reaccionar sobre la vida social. Ahora bien, hemos demostrado que únicamente la tesis de la jurisprudencia sobre la causa conduce* a *este resultado*; con las tesis doctrinal es durante el siglo XIX esta noción es inoperante. Por otra parte, *la tesis de la jurisprudencia encuadra con la noción de voluntad.* Hemos insistido sobre ella y sólo la mencionamos nuevamente, para indicar que ***la voluntad es inseparable de los móviles a que obedece***, siendo éstos a veces, como hemos dicho, sensibles, otras, meramente intelectuales; a veces morales, y, por último, simplemente arbitrarios, sin contar con

364 BONNECASE, 1945, p. 265.

que estas diversas categorías pueden intervenir simultáneamente. ***No debe hablarse, por tanto, con relación a la causa, de móviles de la voluntad distintos de los móviles concretos que deben apreciarse en cada caso***."[365]

Entonces, la causa legal contenida en los artículos del Code Napoleón, no será la otorgada por la falsa, inútil, inoperante, contradictoria, caprichosa, hiperabstracta, infantil, pueril, huera de substancia, teoría del engendro de Domat y Pothier, sino una teoría subjetiva prodigada por la jurisprudencia que identifica causa con motivo. Sin embargo, Bonnecase hace la atingencia de que los motivos, asumidos como causa, son inseparables de la voluntad, es decir, son un elemento integrante de la voluntad, y que esos móviles de la voluntad son los mismos que se aprecian en cada caso concreto.

Es por ello que respalda la noción de la jurisprudencia, al decir: "La definición de la jurisprudencia se opone, diametralmente, a la de la doctrina; creemos que puede presentarse en los siguientes términos: *la causa es el fin concreto de interés general* o *privado*, *que* más *allá de un acto jurídico determinado* y *por medio de este acto*, *tratan de alcanzar sus autores*; *este fin no se halla necesariamente ligado a la estructura técnica de un acto jurídico* y *es*, *por el contrario*, *susceptible de variar en los actos jurídicos pertenecientes a la misma categoría.*"[366]

A partir de este apartado, podemos desgajar algunas pepitas de conocimiento de la causa móvil en el sentido siguiente. Para esta teoría de Bonnecase, que arranca del legado jurisprudencial, el móvil será una parte integrante de la voluntad, pero este motivo debe ser común a ambas partes, según se aprecia del parágrafo anterior cuando se dice: "La causa es el fin cocreto de interés general o

365 BONNECASE, 1945, pp. 264-265.

366 BONNECASE, 1945, p. 267.

privado, que más allá de un acto jurídico determinado y por medio de este acto, *tratan de alcanzar sus autores*, es decir, el motivo que se trata de alcanzar es conocido por sus autores, o sea, que aparte de ser una parte de la voluntad es conocido por sus autores, es común.

No obstante el carácter común del motivo "***no se halla necesariamente ligado*** *a la estructura técnica de un acto jurídico y es, por el contrario, susceptible de variar en los actos jurídicos pertenecientes* a *la misma categoría*", con lo cual concluimos que este móvil causalizado como parte del consentimiento, no forma parte necesariamente de la estructura del contrato a modo de un elemento esencial del acto o negocio jurídico, no forma parte integrante de su estructura; antes al contrario "*es susceptible de variar en los actos jurídicos pertenecientes* a *la misma categoría*", o sea, que no contento con manifestar que el móvil no necesariamente forma parte de la estructura técnica del negocio, varía de negocio a negocio, incluso de la misma naturaleza, es decir, estamos frente a un móvil totalmente veleidoso, que puede o no participar en la estructura contractual -lo que no es obligatorio- y que cuando lo hace sería una suerte de elemento accidental.

Por ello, como corolario tendríamos que para Bonnecase, la causa sería el móvil común, conocido y querido por las partes, que responde a la voluntad de los mismos, que no necesariamente integra la estructura técnica del acto jurídico a modo de elemento esencial y que puede variar de negocio en negocio y estar presente en éste a modo de elemento accidental. Pero ¿estamos frente a un elemento accidental del acto jurídico, a modo de condición o carga, y no frente a un elemento estructurante y esencial del mismo? Veámoslo.

Esta enjundia es rubricada por el mismo Bonnecase cuando manifiesta: "Según la definición de la jurisprudencia, la causa es: 1º un *objetivo concreto* en oposición al *objetivo abstracto* de la doctrina,

ya que los autores del acto persiguen un resultado material y socialmente tangible, en lugar de no tener en consideración sino una consecuencia meramente técnica, consistente en la aplicación de una regla o institución jurídica; 2º un *objetivo mediato* en oposición al *inmediato* de la doctrina, pues los autores del mismo no se preocupan psicológicamente de la estructura interna del acto y de las obligaciones que nacen de él, por ejemplo, sino que más allá de la operación jurídica, considerada como un instrumento de realización, preven el resultado concreto de que se trata; 3º un *objetivo susceptible de ser diferente en los actos jurídicos de la misma categoría*, en oposición al *objetivo inmutable de la doctrina*; los móviles de hecho de la voluntad no se absorben en la estructura técnica de las instituciones jurídicas, como lo demuestran tanto el sentido común como la experiencia. Fácil es advertir por esa comparación, que erróneamente la doctrina clásica ha unido la noción de causa al orden de ideas constituido por la función inmediata del acto jurídico, en lugar de referirse a sus funciones mediatas."[367]

Con ello se va redondeando la teoría de Bonnecase que repugna toda noción de causa clásica, incluso aquel planteamiento que la ubica aliado o junto a la causa móvil de carácter jurisprudencial.

Ahora bien, no ha quedado bien esclarecido el punto referente a que si los motivos comunes, previstos por las partes, queridos por los agentes, variables en contratos de la misma categoría, son o no parte integrante de la estructura del acto jurídico. En un primer momento, cuando se dio la definición jurisprudencial de la causa final, se dijo que el motivo no necesariamente formaba parte de la estructura técnica del negocio; pero en una segunda etapa se manifiesta que "los móviles de hecho de la voluntad no se absorben en la estructura técnica de las instituciones jurídicas, como lo demuestran tanto el sentido común

367 BONNECASE, 1945, pp. 267-268.

como la experiencia." Con ello podríamos concluir que los móviles forman parte de la voluntad consensuada, que no se abstraen de ella para formar parte de la estructura negocial a modo de un elemento independiente y *esencial* del mismo, pero que eventualmente pueden pasar al plano contractual a modo de elemento accidental, lo que dependerá, claro está, del análisis de la voluntad.

Si se pensara que los motivos sí podrían abstraerse de la voluntad para hacer de ellos elementos esenciales, entonces tendríamos nuevamente una noción tan abstracta como la de la teoría clásica de la causa que se pretende combatir. El mismo Bonnecase lo expresa: "Abstraer, dice la psicología, es considerar un elemento de una representación o de una noción aparte de los demás, llevando especialmente sobre él la atención y descuidando los otros... Abstraer, es aislar por el pensamiento lo que está unido en la realidad."[368]

Entonces, lo que no quiere realizar Bonnecase con el móvil determinante, es crear de éste un elemento esencial abstraído de la voluntad que pase a formar, por ello, la estructura técnica del acto jurídico. Sin embargo, si dicho móvil no forma parte esencial de la estructura del negocio, pero que es previsto y querido por sus autores, el mismo que puede variar de contrato en contrato y que no es un elemento esencial, entonces nos encontramos frente a un elemento accidental, a modo de la condición o carga, que dependerá de la exploración del consentimiento mutuo.

Pero supongamos que cuando Bonnecase dice que el móvil común exteriorizado no queda absorbido por la estructura del negocio, se estuviera refiriendo no a que dicho móvil aparezca como elemento accidental -no esencial-, sino a que el móvil común es la causa del negocio, pero que debe ser observado sin ser abstraído

368 BONNCECASE, 1945, pp. 265-266.

de la voluntad consensuada, es decir, examinado dentro del mismo consentimiento. Ante esta proposición queda por explicar que si se tiene tal móvil como porción de la voluntad consensuada, y dando por cierto que este móvil común fue la causa de la operación, si es que realmente se establece de esta forma, lo único que tendría que hacerse es analizar la voluntad o el consentimiento y no hacer de la causa un nuevo elemento abstraído de la misma, es decir, no hacer de un mismo concepto "voluntad" dos elementos nuevos "consentimiento" por una parte y "causa móvil" por el otro.

Ahora bien, ¿qué decisión asumimos de estos dos caminos? ¿o consideramos el móvil causalizado como parte de la voluntad, inseparable del mismo, o lo ubicamos como elemento accidental? Creemos que la teoría debe concluir en una noción que se desprenda del análisis sistemático del discurso de Bonnecase; en tal sentido no olvidemos que este autor manifestó, con respecto al móvil común, que "no se halla *necesariamente* ligado a la estructura técnica de un acto jurídico", y que *la voluntad* es *inseparable de los móviles a que obedece*, con lo cual podemos entender que dicho fin, pese a no estar ligado a la estructura del acto jurídico a modo de elemento substancial, forma parte de la voluntad y participa de la estructura negocial vía elemento accidental, que no necesariamente está presente, es decir, es adventicio o adquirido.

En adición a esto Bonnecase dice: "Repetimos, que el acto jurídico a título oneroso y el acto jurídico a título gratuito, bajo sus diversas formas positivas, son organismos vacíos destinados a recibir la vida de las voluntades reales que recaigan sobre ellos con objeto de realizar fines concretos más o menos alejados. En definitiva la distinción de la causa y del motivo ha llegado a ser en la jurisprudencia una distinción que si pertenece verbalmente a la técnica jurídica pura, traduce, en el fondo, un dato cierto de la psicología: la diferencia respecto al acto de voluntad de los *móviles determinantes* y de los *accesorios*;

los primeros son decisivos para apreciar el alcance moral y social y, por tanto, jurídico de la voluntad; los segundos contribuyen a aclarar ciertos aspectos de la voluntad, descuidados moral y socialmente, y, por tanto, también desde el punto de vista jurídico."[369]

Con lo cual, la teoría de Bonnecase es una concepción psicológica que, si bien atañe al mundo jurídico, lo que hace es escudriñar las voluntades, sondear los corazones, espulgar el consentimiento, tanto en los contratos onerosos como en los gratuitos. De ahí que podamos dar ya una noción de causa desde esta perspectiva. Para Bonnecase, la causa será el motivo común, querido y previsto por las partes, alterable de negocio a negocio, que no forma parte inmanente de la estructura del contrato, y que va anejo a la voluntad, la misma que debe estudiarse y escudriñarse para definir la caracterología de este elemento ocasional y contingente.

De esta manera, su teoría sería fácilmente desplazable, si se manifiesta -siguiendo las propias palabras de Bonnecase- que dicho móvil no puede ser abstraído de la voluntad a modo de elemento *esencial* porque forma parte integrante del mismo, bajo pena de generar una noción abstracta -tal cual se hizo con la causa clásica calificada por este autor de hiperabstracta en su grado más caprichoso y artificial-. De modo que si se pretendiera hacer del móvil un ingrediente nuevo y cardinal de la estructura del acto, estaríamos creando un ingrediente abstracto, artificial y caprichoso, por ende falso e inútil. Pero Bonnecase no quiere esto, solamente desea precisar que dicho móvil no forme parte componente substancial del acto jurídico y que debe ser analizado dentro de la voluntad a través de un método psicológico para definirlo como elemento no-esencial accidental.

369 BONNECASE, 1945, p. 268.

La utilidad de examinar el móvil común como parte de la voluntad, dentro del negocio, será para atisbar si se trata de un móvil inmoral o ilícito -como aquél caso jurisprudencial en el que dos partes se pusieron de acuerdo en una compraventa consistente en la transmisiones de una casa de tolerancia-, con lo cual bastará el análisis de la voluntad común en colisión con el orden público y las buenas costumbres, para dar por anulada dicha operación. Vale decir, bastará con el análisis de la voluntad común en lucha con el ordenamiento jurídico, para invalidar dicha operación, siendo por ende superfluo afirmar que además de este enfrentamiento de la voluntad común con el orden público y las buenas costumbres, debemos sumar otra: la contradicción del móvil común a modo de elemento esencial en choque con el mismo ordenamiento.

Existen múltiples caminos que pueden utilizarse dentro del sistema jurisdiccional que hacen invalida toda construcción de la causa como motivo causalizado.

Finalmente, debemos expresar que la teoría de Bonnecase no ha tenido arraigo doctrinal y, antes al contrario, será la teoría del neocausalismo bilateral de Josserand la que cobre bastante aceptación, Taboada refiere al respecto: "Es necesario destacar, que en nuestro concepto, esta corriente neocausalista (*se refiere* a *la corriente de Josserand que veremos enseguida*) se explica también por el enorme respeto de los autores Franceses a la teoría clásica, en el entendimiento que la misma se encuentra efectivamente consagrada en las normas del Código Civil francés sobre la causa, al haber sido tomadas de, las ideas (sic) de DOMAT y POTHIER, en las cuales se inspiraron los redactores del mismo sin lugar a dudas. No debemos olvidar que BONNECASE ha sido uno de los pocos autores Franceses que no aceptó esta idea, manifestando por el contrario su opinión en el sentido que la causa clásica no se desprende de ninguna de las normas dedicadas por ese cuerpo de leyes a la causa, y que en todo

caso la tesis clásica no es sino una simple elaboración doctrinaria."[370] Huelga mayores comentarios.

Ahora bien, a partir de este momento empiezan a darse múltiples combinaciones en cuanto a las concepciones, vale decir, se empiezan a mezclar las teorías objetivas con las subjetivas, la teoría clásica con la jurisprudencial, se comienza a remozar la teoría clásica con otros aspectos funcionales, etc., o sea, estamos frente a posturas neocausalistas unitarias, universales, eclécticas o híbridas, lo que estudiaremos a continuación.

5. DOCTRINAS UNITARIAS, UNIVERSALES, HÍBRIDAS O ECLÉCTICAS

Dentro de este apartado estudiaremos aquellas teorías que conciben una unión entre la concepción clásica de la causa y la concepción jurisprudencial de la misma, con sus singularidades y particularidades propuestas por sus iniciadores, básicamente veremos las teorías de Josserand (neocausalismo bilateral) y de Capitant (neocausalismo sincrético), para luego pasar revista muy brevemente a la teoría neocausalista hipersincrética de tratamiento posterior. Vamos a la carne del asunto.

6. CONCEPCIÓN DEL NEOCAUSALLSMO BILATERAL (DE JOSSERAND)

Decano de la Universidad de Lyon que amplía la teoría causal hasta hacerla alcanzar o dar relevancia a los móviles que inducen a las partes a la celebración del acto jurídico. Estos móviles penetran en el porvenir, revelan el fin de la operación y la condicionan.[371]

370 TABOADA, 1996. p. 224.

371 DIEZ-PICAZO y GULLÓN, 1980, p. 67.

Además, Josserand agrupa los móviles en tres categorías bien diferenciadas, a saber:[372] A). *Móviles intrínsecos u orgánicos* que son los mismos en todos los actos de un mismo tipo: causa directa e inmediata de la obligación (concepto clásico). Nada evocan del pasado ni prevén el futuro. B). *Simple motivo* o *móvil determinante*, se refiere al pasado constituyendo un antecedente del acto. C). *Móvil fin* o *teleológico*, penetra en el futuro, revela el fin de la operación jurídica y la condiciona: llamada causa *finalis* por los glosadores.

Con esto podemos percibir claramente que en la mente de Josserand no se encuentra sólo una noción de causa, al estilo de Bonnecase, sino dos Nociones que hay que diferenciar:[373] "En realidad, -nos dice Josserand- no hay una teoría de la causa, sino más bien dos *teorías* netamente distintas, y si los autores se han manifestado, en general, incompletos y oscuros, es por no haberlas separado: está, por una parte, *la causa del Código civil*, o *causa intrínseca*, que es abstracta y se integra en el contrato, del que es uno de los elementos constitutivos; y está, por otra parte, *la causa impulsiva* y *determinante*, que es, a diferencia de la precedente, un móvil individual, una noción concreta que permanece extraña al contrato y es, en gran parte, creación de nuestra jurisprudencia.

Importa conocer estos dos aspectos, muy diferentes, de una noción cuya unidad se obstinan en admitir contra toda verdad; sin duda, la causa es siempre una noción de orden *psicológico*, y en esto se opone irreductiblemente al objeto; es un acto, un fenómeno de volición."[374]

372 TORRES VASQUEZ, 1992, pp. 43 y ss.

373 Bueres cree que Josserand en su libro "Los Móviles Juridicos. (1928), discrimina la voluntad, constituida por el querer, de la intención, que es la causa final o causa fin de los clásicos, con las mejoras introducidas funcionalmente por Capitant (Cfr. BUERES, 1995, p. 303.)

374 JOSSERAND, 1950, pp. 93-94.

Reparemos mientes en el sentido de que desde el umbral Josserand adelanta tres cosas: 1º que la noción de causa no es una sola, sino que existen dos teorías: la causa abstracta, legalista y clásica, y la causa móvil, impulsiva y determinante; 2º que dichas causas vienen unidas, es decir, van juntas a modo de un *siamés*: dos cuerpos distintos pero unidos por sus vientres; 3º que la causa es siempre una noción *psicológica*, vale decir, subjetiva, opuesta a la apreciación objetiva que la envuelve en el objeto. Con esto último entendemos que tanto los dos cuerpos del *siamés* participan de esta orla subjetiva: recordemos que de la causa clásica se puede realizar una lectura también subjetiva de la misma, aunque dicha postura desemboque en la noción de voluntad, y esté fatalmente destinada a seguir la suerte de la interpretación objetiva de la misma, vale decir, recibir los ataques de ser falsa e inútil. Veamos ahora, por separado, cada una de estas posturas para luego atisbar con calma de qué está compuesto este *siamés*.

6.1. De la Causa Abstracta y Genérica del Código Civil[375]

Josserand, como adelantamos, tiene una lectura subjetiva de la concepción clásica causal al entenderla como un móvil inmediato, siempre el mismo para un tipo de contrato determinado, y por ende, específico y genérico (causa de la obligación de contratar). Luego estudia las aplicaciones de esta noción en dos tipos de contratos: 1º Los contratos de beneficencia, donde el *animus donandi* sirve de causa a las liberalidades, y; 2º Los contratos a título oneroso, distinguiendo: a). Contrato sinalagmático, donde las obligaciones correspondientes se sirven mutuamente de contrapeso y de réplica; por ejemplo en la venta, el vendedor se compromete a entregar la cosa *en consideración* al compromiso contraído por el comprador de pagar el precio convenido, e inversamente; distinguiéndose con

375 Cfr. JOSSERAND, 1950, pp. 94 y ss.

nitidez su concepción subjetiva de causa clásica; y b). Contratos unilaterales, sub distinguiendo: 1º En el contrato de préstamo, éste se formaliza *re*, por una tradición que sirve de causa al compromiso del deudor, y 2º en los casos en que la causa consiste en una obligación preexistente como cuando un heredero firma un pagaré en provecho del legatario de una suma de dinero, en virtud de una obligación nacida del testamento.

Posteriormente Josserand refiere algunas características de esta causa clásica que defiende: la causa legal es de la obligación y no del contrato, es su causa próxima al encontrarse en relación inmediata y directa con la misma, formando parte integrante del contrato a modo de elemento constitutivo, siendo así la causa clásica una causa intrínseca y específica: a). Es siempre la misma para un tipo de contrato determinado, no teniendo nada de individual, sino que es *específica*, con valor orgánico, y b). Si el contrato careciera de causa habría nacido muerto, ausente de toda eficacia, sería inexistente.

Posteriormente Josserand analiza los casos de ausencia de causa, falsa causa y causa ilícita. En este tercer punto, centramos nuestra atención cuando manifiesta: "Es de notar que las liberalidades escapan a toda amenaza proveniente del carácter ilícito de la causa del Código civil; en cuanto a ellas, la causa consiste invariablemente en el espíritu de liberalidad, en el *animus donandi*, y es evidente que ese espíritu, por lo menos abstractamente considerado, nunca podría ir contra el orden público o las buenas costumbres, sino que debe ser aprobado y alabado; considerada pues, en este aspecto, la teoría clásica de la causa falla, no da resultado."[376] Y sabido es que para que una teoría sea válida y verdadera no debe fallar en ningún aspecto en sus efectos aplicativos, so pena de ser falsa e inútil, como lo es la causa clásica.

376 JOSSERAND, 1950, p. 98.

Seguidamente Josserand efectúa una revisión de los principales argumentos sostenidos por Planiol, con respecto a la crítica anticausalista que considera a la teoría clásica como falsa e inútil (situación ya revisada en el capítulo atinente al anticausalismo), y luego propone una senda refutación de tal crítica que es menester explicar.

Josserand cree que la causa clásica no es *falsa* porque en los contratos sinalagmáticos es perfectamente comprensible que las obligaciones, nacidas simultáneamente, se sirvan respectivamente de causa, no implicando la relación de causalidad un escalonamiento en el tiempo, ya que las dos obligaciones están postuladas por la voluntad de las partes que las sitúan, en el tiempo, sobre el mismo plano.

Este extremo ya quedó desbrozado anteriormente al estudiar la teoría de Dabín, en el sentido de que el hecho de que las obligaciones sean interdependientes, no depende de la causa clásica sino del principio de interdependencia de las voluntades, el que responde, asimismo, a la naturaleza propia de este tipo de negocios sinalagmáticos, ya que las partes no se manifiestan para hacer recaer su voluntad sobre una sola prestación, sino que piensan en el negocio *in totum*, por lo que la propia voluntad sinalagmática, y no la causa, es la que explica este fenómeno contractual.

Luego Josserand manifiesta, en lo atinente a los contratos reales, que la prestación, la dación, la entrega de la *res* puede desempeñar dos papeles, vale decir, puede ser a la vez, causa eficiente y causa final de la obligación. Como vemos, el autor se resigna a aceptar una realidad prodigada por el anticausalismo que predica que la entrega previa del bien es la causa fuente del negocio, el mismo evento generador del contrato, con lo cual sería superflua toda alusión a la causa fin de este hecho.

Finalmente refiere el tratadista que en lo concerniente a las liberalidades (que ya expresamos que aceptaba que en este extremo fracasaba la teoría de la causa clásica), que su causa entendida como el *animus donandi* de la operación, desempeña la gran función de distinguir los actos de beneficencia de los actos a título oneroso. Obviamente es un pobre rol el que ejerce la causa en este sentido, de modo que fácilmente podríamos referirnos a tal función tipificadora, no mediante esta teoría vacua de la causa clásica, sino a través del examen de la propia naturaleza de los negocios estudiados.

Como podemos advertir, las reconvenciones de Josserand para salvar a la teoría clásica de su sino mortal y trágico, son en sí endebles e insubsistentes; pero este escritor no se alboroza con estas *pseudorrefutaciones*, sino que pasa a expresar por qué, a su juicio, la teoría clásica no es *inútil*. Este autor cree que la causa cumple un papel fenomenal al interior de los contratos sinalagmáticos porque une ambas obligaciones que están aisladas. Propone el ejemplo de aquella persona que se obliga a *no cometer* un acto criminal a cambio de un numerario, reputando que dichas obligaciones por separado tienen un objeto lícito, pero que por actuación de la causa unitiva de dichas prestaciones, hace que sea ilícita la causa y, por ende, inmoral la operación.

Josserand comete dos errores: 1º cree que las obligaciones nacen independientes, cuando por la propia naturaleza contractual de las operaciones sinalagmáticas, que atiende a la voluntad negocial generadora de obligaciones interdependientes, hace innecesaria cualquier alusión a dicha teoría. 2º Supone incorrectamente que el objeto sólo está conformado por la entrega del dinero, o por el respeto a la ley, sin atisbar que objeto también es la prestación consistente en comprometerse a no cometer un crimen, vale decir, una obligación con prestación de no hacer; sin embargo, nadie puede obligar a otra persona a que se obligue a hacer lo que por ley está obligada a hacer,

y no cometer crímenes es una obligación legal de todos los miembros de una sociedad que viene impuesta *ius imperium* sin necesidad de ningún numerario particular, a menos que sea a título de donación.

Luego sigue defendiendo la utilidad del engendro de Domat, manifestando que la noción de causa pone de relieve el principio de interdependencia, a través de la teoría de la *resolución* de los contratos bilaterales por inejecución de las obligaciones que incumben a una de las partes, y la teoría de los riesgos así como la excepción *non adimpleti contractus.*

Con relación a este argumento, reproducimos el análisis vertido en el capítulo referido a la causa en la Edad Media, en el cual manifestamos que la causa clásica era una consecuencia inexacta del juego del principio de interdependencia de las obligaciones, así como de las *exceptiones* y *condictiones* (*exceptio inadimpleti contractus*, *querella non numeratae pecuniae*, pacto comisorio, presunción de inejecución de obligación, etc.), con lo cual sería muy parva la utilidad de la inoperante, artificiosa, hiperabstracta, caprichosa, inútil, infantil, pueril, huera y falsa teoría de la causa.

Demás está anotar que como tercer aserto propone el ya manifestado sobre las liberalidades, cuya utilidad radica en separar los negocios onerosos de los gratuitos; función pobre que podría alcanzarse por muchísimos otros medios más asequibles, como los prodigados por la misma naturaleza de los contratos, sin necesidad de llegar al papel tipificador vía causa.

Como comprenderá el lector, las refutaciones de Josserand son de una pobreza doctrinaria extrema y de una ingenuidad rayante con lo absurdo. En verdad, no se puede defender lo indefendible, hasta los más recalcitrantes causalistas aceptan que la causa clásica adolece de irregularidades, aunque no llegando a tal conclusión a través del sendero anticausalista sino enrumbando su síndéresis por

otros principios jurídicos, con lo cual la indefendible causa clásica resulta, para utilizar un eufemismo, un sublime adefesio jurídico.

Pero Josserand, en su apología de esta birria jurídica concluye con una interesante excogitación: "Hay que ser, pues, *causalista*: la causa, en el sentido clásico de la palabra, es un concepto indispensable... A la noción clásica de la causa no se le puede reprochar que exista, sino más bien que exista insuficientemente; no es cosa, pues, de eliminarla de nuestras leyes, sino de asegurarle, por el contrario, un más vasto campo de aplicación."[377]

De esta forma, la causa abstracta, orgánica y clásica -pese al gran cúmulo de irregularidades advertidas, incluso por el propio Josserand- es propuesta como *indispensable*, vale decir, como un elemento del contrato, de su estructura interna, al ser dicho ingrediente la causa de las obligaciones. También es importante advertir que este tratadista tiene una visión subjetiva de la causa clásica del Código civil, cuando la denomina como el móvil intrínseco y abstracto. Pero bien sabemos, que con una u otra perspectiva se desemboca en la misma conclusión denegatoria de efectividad de este espantajo pseudojurídico.

Ahora bien, como lo habíamos adelantado anteriormente, Josserand cree en las bondades de la causa clásica, pero también en las de la causa impulsiva y determinante, razón por la cual es importante analizar cuál será su concepción acerca de ella, lo que será materia del próximo punto.

6.2. De la Causa Impulsiva y Determinante o Móvil Individual

Lo que pretende Josserand es ir separando la causa clásica de la final, emocional o impulsiva, enfatizando sus diferencias y

377 JOSSERAND, 1950, p. 106.

consolidando las fortalezas de la naturaleza causal de la nueva concepción. De esta manera, en el esquema de la causa impulsiva y determinante, precisó la existencia de algunas lagunas que había que llenar, *ad literam:* "La concepción clásica de la causa es excesivamente estrecha; entre los móviles a que las partes obedecieron, sólo tiene en cuenta una cierta categoría, los que corresponden, en el pensamiento de dichas partes, a la finalidad inmediata de su compromiso, dejando así fuera de su acción toda una pléyade de móviles, los más variados, los más interesantes, los más vitales; a saber, los móviles concretos, los móviles individuales, que se califican ordinariamente de motivos."[378]

Comprenderá el lector que, pese a que el autor *sub análisis* apuesta por la indispensabilidad del móvil abstracto o causa clásica, reputa a ésta de insuficiente por no albergar en su mirilla todos los móviles y sólo los inmediatos y directos. En cuanto a los móviles individuales adventicios propuso el siguiente caso ilustrativo: "Una persona ha entregado graciosamente una suma de dinero o un inmueble a otra persona; lo ha hecho animada por el espíritu de beneficencia, por el deseo de gratificar al adquirente; he aquí la causa en el sentido clásico de la palabra; pero, ¿por qué ha obrado así esa persona?, ¿por qué ha realizado esa liberalidad? Ha podido ser guiada por un sentimiento de afecto, o de reconocimiento, o por la pasión. ¿No será interesante que quede fijado ese extremo? Otro ejemplo: un individuo ha tomado a préstamo una suma de dinero y por tal razón se ha convertido en deudor del prestamista. La causa de esta operación en la concepción clásica, es la entrega del dinero; pero ¿por qué se ha hecho ese préstamo? ¿en qué ocasión se ha efectuado?, ¿en qué habrá de emplearse ese dinero? Quizá se dedique a pagar deudas apremiantes, o a dotar a un hijo, a asegurar su establecimiento profesional, a desarrollar un negocio comercial,

378 JOSSERAND, 1950. pp. 106-107.

a reconstituir un viñedo, a jugar, a perpetrar un delito. Otros tantos móviles puramente individuales, puramente adventicios, que se oponen a la causa tal como la entendieron los redactores del Código Civil y con la que forman impresionante contraste."[379]

Entonces, a través de estos ejemplos pertenecientes a las categorías contractuales de las operaciones reales y las liberalidades, podemos arribar a la conclusión de que Josserand pretende completar el espacio vacío que deja la causa clásica o móvil abstracto o genérico, mediante la actuación del móvil individual, específico, mudable de contrato en contrato. Al mismo tiempo, el móvil individual, particular y concreto, otrora despreciado por la teoría objetiva clásica, cobra ímpetu dentro de esta corriente de pensamiento.

Además, este autor continúa su investigación delimitando las fronteras entre ambos tipos de móviles, efectuando una singular comparación que procedemos a estudiar:

1. La causa clásica se integra en el contrato, siendo un elemento constitutivo del mismo; en cambio, los móviles individuales constituyen motivos exteriores al contrato -el que permanece completo al margen de ellos- ya que los móviles no tienen valor orgánico ni son específicos: su origen y papel son adventicios.
2. La causa orgánica es igual para un tipo determinado de contratos; mientras que los móviles varían hasta lo infinito, ya que por naturaleza son individuales.
3. La causa clásica tiene una configuración netamente determinante, conforma uno de los elementos del contrato. Por su parte, los móviles son ondulantes y diversos al ser los resortes de la voluntad: corresponderá al juez

379 JOSSERAND, 1950, p. 107.

> seleccionarlos y averiguar cuál es, entre ellos, el que da a la operación su tonalidad, el que la colora, el que ha sido verdaderamente determinante, el que ha desempeñado el papel de móvil-fin.

En otras palabras, al ser el móvil impulsivo un elemento adventicio y no constitutivo del acto jurídico, corresponderá al juez determinar cuál -entre la pléyade de móviles- es el determinante a modo de *móvil-fin*, tarea enteramente tortuosa que demanda la necesidad de conocer cuál podría ser el mecanismo que emplearía el operador del derecho para sindicarlo como determinante dentro de en un *mare magnum* psicológico de móviles. Esto lo veremos más adelante.

Seguidamente, una vez desbrozado el camino en torno a la diferenciación entre una y otra concepción, nuestro tratadista continúa con el planteamiento de repensar la *causa finalis* y darle una pigmentación subjetiva a partir de los avances jurisprudenciales, así: "Los móviles individuales, los motivos, se consideran, por lo menos en doctrina, como desprovistos de valor jurídico; resulta de esto, por lo que respecta a quienes mantienen la teoría de la causa en sus límites históricos que las operaciones, aun las más inmorales, deben surtir sus efectos. Que, por ejemplo, toda liberalidad es válida sea cual fuere el pensamiento que la inspiró y la finalidad perseguida por el donador; que todo préstamo de dinero es irreprochable, sin atender al destino de la suma prestada, porque el espíritu de beneficencia en el primer caso, y la entrega del dinero en el segundo, cubren e inmunizan todas las combinaciones, sin que el juez tenga por qué preocuparse de las razones que hayan podido presidir a su tramitación y realización: el acto es causado, en el sentido clásico de la palabra; poco importan los móviles individuales, ajenos al contrato."[380]

380 JOSSERAND, 1950, p. 107.

A partir de lo reproducido en este pasaje, podemos colegir con meridiana claridad que la causa clásica ostenta un desprecio exorbitante por todo lo que tenga que ver con el simple motivo contrario a la moral o las buenas costumbres y, por ende, con su control. En cambio, desde la perspectiva de la jurisprudencia, la causa móvil asume una contextura particular, a juicio de Josserand: "Contra esta conclusión ha reaccionado nuestra jurisprudencia, y ha reaccionado más vigorosamente por medio de una teoría que ha llegado a hacerse famosa: la de la causa impulsiva y determinante. Para ella, los móviles individuales, exteriores al acto, han de tomarse en consideración y deciden de la validez o de la nulidad de dicho acto, porque lo han determinado, porque han dado a la voluntad de su autor el impulso de donde ha surgido; *corresponde al juez apreciar su mérito, y si le parecen ilícitos, el contrato será declarado nulo, por* más *que queden plenamente satisiechas las exigencias de la teoría clásica de la causa.*"

Como se recordará, anteriormente manifestamos que Josserand había dejado una ventana abierta para el análisis del juez, que tenía la delicada misión de determinar cuál es el móvil determinante de entre todos los motivos posibles en una estructura contractual; ahora propone una nueva pesquisa al precisar que queda en las manos del operador jurisdiccional fijar cuándo tal móvil -que ha sido definido como determinante- es ilícito por atentar la moralidad pública y el orden público. De esta manera, será el juez quien tenga una función con doble papel dentro de la teoría de la causa impulsiva: 1º Determinar cuál de todos los móviles es el determinante; y 2º Definir si tal móvil determinante, le parece inmoral o no al juez.

Como vemos, todo queda a criterio del juez, no existe un planteamiento objetivo para fijar la determinabilidad del móvil, sino que será el operador del derecho quien tendrá tan difícil misión, con lo cual la teoría en cuestión queda al desamparo y se convierte en una

estructura sumamente advenediza y arbitraria. En suma, será el buen humor, la emotividad, el criterio de un juez, el que defina cuál es el móvil determinante y si es lícito o no, todo dependerá de él, entonces la teoría se convertirá en un instrumento de arbitrariedad judicial. Más tarde volveremos sobre este asunto, para ir definiendo una idea cabal del mismo.

Desde otro ángulo de tratamiento, pasemos revista a los diferentes niveles contractuales pasibles de invalidez por el contralor causal, recogidos por este tratadista:

a) Actos a Título Oneroso

"En los *actos* a *título oneroso*", una jurisprudencia menos conocida hace que prevalezca el móvil individual sobre la suerte del contrato que se convierte en nulo por razón del objeto que en el caso persiguen las partes."[381] Entonces tendríamos que dicho contrato resulta nulo, no por el motivo ilícito sino por el objeto perseguido por los autores, con lo cual dicho escritor negaría los supuestos planteados a modo de ejemplo, a saber, la Corte de Casación anula aquellas operaciones en torno al asunto de las casas de prostitución, tales como: arrendamiento de local, compra de inmueble destinado para ese fin, explotación del establecimiento, arrendamiento de servicios con los domésticos; o también el caso del préstamo de dinero destinado a favorecer relaciones ilícitas, o para permitir a un jugador continuar la partida, etc.

Luego manifiesta que la ilicitud de la causa impulsiva genera la invalidez del contrato; pero no sólo puede generar tal resultado la causa ilícita, sino también, *en ocasiones*, la causa *falsa*, como en el caso de la venta de un inmueble, que caerá si las condiciones de la operación no cuadran con la finalidad que una de las partes perseguía

381 JOSSERAND, 1950, p. 110.

con conocimiento de la otra, o también el seguro contratado en la ignorancia de que su causante fallecido había cubierto ya el mismo riesgo con una póliza que continuaba en vigor, error respecto a móviles individuales del contrato, es decir, a la causa impulsiva y determinante.

Sin embargo, los casos de causa ilícita muy bien pueden ser resueltos echando mano del análisis mismo de la voluntad en colisión con el orden público y las buenas costumbres, ya que dicho móvil es un elemento perteneciente a la voluntad del negocio jurídico y no se lo puede abstraer de su cuna fontanal, a no ser que se quiera hacer del motivo un ingrediente sumamente abstracto, caprichoso e irreal. Ahora bien, los casos de causa falsa pueden ser atacados a través de otras instituciones como las del objeto determinado, en el primer caso, o del error en el motivo (con consecuencias invalidatorias), en el segundo.

De manera tal que no queda ningún resquicio para aceptar la validez del móvil entendido como un elemento nuevo configurador de toda una teoría, cuando muy bien sus efectos son asumidos por la voluntad, el objeto, el error en el motivo, etc. No podemos duplicar funciones a mérito de satisfacer la edificación de una nueva teoría que resulta asistemática.

b) Liberalidades

En lo conexo a las liberalidades, la Corte de Casación procedió a invalidar aquellos contratos a título gratuito en los que percibió desórdenes morales o atentados contra las buenas costumbres, máxime si estas operaciones contradecían cláusulas que venían recogidas en el cuerpo legal substantivo; a guisa de ejemplo tenemos los casos de liberalidades otorgadas a favor de un hijo adulterino o incestuoso cuya filiación no había sido oficialmente establecida, o entre personas que viven en concubinato para instituir, remunerar

o mantener relaciones fuera del matrimonio; o donaciones entre esposos para conseguir una separación amistosa, burlando leyes imperantes; o en el caso de una liberalidad que contiene *condiciones o cargas ilícitas*, cuando éstas han sido determinantes o propulsoras.

Estos negocios resultan invalidados, antes de la aplicación de la causa impulsiva y determinante ilícita, por el análisis de la declaración de voluntad junto a otras figuras como los cargos o las condiciones, frente a la lectura del expreso texto legal que prohibe este tipo de actos, en el marco de la lesión al orden público y las buenas costumbres.

Por otra parte, quedó pendiente el análisis respecto al cual se podía determinar cuándo un simple móvil se convierte en causa o *móvil fin*, es decir, qué criterios se debería tomar en cuenta para fijar este punto. En adelanto de esta investigación, entresacamos algunas ideas planteadas por el propio Josserand que consideraba que el juez determinaba cuál era el móvil determinante, y precisaba si éste era lícito o no. Ahora bien, el autor bajo tratamiento, propone en esta oportunidad una nueva atingencia cuando dice: "El acto a título gratuito, sobre todo la donación, es de manera especial la obra del disponente, cuya voluntad es preponderante; es una manera de contrato de adhesión; en consecuencia, basta que los móviles del disponente sean ilícitos para que la operación sea viciada. Pero el acto a título oneroso es, normalmente, la obra efectiva de dos partes, el resultado de su colaboración; por eso, habremos de preocuparnos de los móviles de la una y de la otra, para no considerar más que los *móviles comunes*, los móviles ex *pacto*; solamente en el caso de que la finalidad perseguida en común sea ilícita, se encontrará el acto viciado; y, por ejemplo, un préstamo de dinero realizado por el prestamista de buena fe, será inatacable aun cuando la cantidad prestada estuviera destinada, en la intención del prestatario ya desconociéndolo el prestamista, a cometer un acto ilícito, hasta

un crimen; la Corte de casación considera los móviles de las partes desde el punto de vista contractual. La oposición es muy neta, desde este punto de vista, entre los actos a título gratuito y los contratos a título oneroso."[382]

De ahí que con esta nueva aseveración se comprende que lo mencionado por Josserand con respecto al papel del juez en el contrato, no es tan arbitrario como se desprendía de sus propias palabras, sino que debe verse el móvil desde la perspectiva del disponente -en el caso de liberalidades- o del móvil común, exteriorizado, conocido, *ex pacto*, contractual, que será ilícito al colisionar contra el orden público y las buenas costumbres. Sin embargo, dicho móvil no forma parte de la estructura del contrato, o sea, no es un elemento del contrato, con lo que se colige que no es un elemento esencial, pero que al momento de reclamar preeminencia y notoriedad en la estructura contractual, participa de su sino a modo de elemento accidental o adventicio, que puede estar presente o no, y que cuando está presente se debe establecer su confrontación con el orden público y las buenas costumbres.

Entonces tenemos ya clarificado el panorama con respecto a la teoría de Josserand con respecto a la causa determinante e impulsiva. Pero como también este autor aceptó la imprescindibilidad de la noción clásica de la causa, tenemos que determinar el giro *in totum* de su concepción, materia del siguiente apartado.

6.3. Corolario

En conclusión y en palabras del propio Josserand: "Así nació y se desarrolló, al lado y por encima de la teoría clásica de la causa, un sistema más amplio y más psicológico, que toma en consideración no sólo los móviles abstractos y permanentes que se han integrado

382 JOSSERAND, 1950, p. 111.

en el contrato, sino también los móviles concretos, individuales y variables que, en un caso determinante, en la especie, han inducido a las partes a contratar y han sido, por consiguiente, determinantes. El acto es apreciado en función de los móviles que lo han inspirado y de la finalidad que persigue; el móvil-fin repercute sobre él y fija, con su moralidad, su valor jurídico; el derecho contractual no puede ponerse al servicio de la inmoralidad; a cada uno según sus intenciones y según el fin que persigue."

De esta manera tan concluyente la teoría ecléctica, unitaria o híbrida de Josserand del neocausalismo bilateral, aparece conteniendo no una definición de causa, sino dos nociones de la misma, una aliado de la otra, es decir, nos encontramos con una figura en la cual, a modo de un *siamés*, un cuerpo corresponde a la causa clásica -defendida por el autor a capa y espada, pese a advertir él mismo las irregularidades flagrantes- y el otro cuerpo destinado al móvil impulsivo y determinante.

Como bien sabemos, la causa clásica, entre otros títulos, es falsa e inútil, como se puede comprobar del extenso estudio propuesto en el capítulo correspondiente al causalismo clásico; y por otro lado, la causa definida como móvil impulsivo y determinante es también falsa e inútil por cuanto al ser un motivo común, conocido, *ex pacto*, contractual, que no forma parte de la estructura del negocio a modo de elemento esencial, lo hace en la figura de elemento accidental, con lo cual se estaría reconduciendo la atención a otras instituciones muy distintas a la del móvil-fin, máxime si se entiende que dicho móvil participa de la estructura de la voluntad consensuada, la misma que debe ser examinada, sobre todo, al momento de determinar su colisión con el orden público y las buenas costumbres, y precisar así su carácter ilícito.

De esta forma, el *siamés* resulta falso e inútil, no sólo por la causa clásica sino también por la impulsiva y determinante, harto substituible por el análisis de los elementos accidentales y de la voluntad.

6.4. Correlato Doctrinario

Ahora bien, es necesario, una vez examinado el nuevo invento de Josserand, determinar cuál fue la trascendencia de sus perspectivas.

Al respecto, Taboada refiere que esta teoría del neocausalismo bilateral ha tenido acogida dentro de la doctrina Francesa: "Es necesario destacar -comenta-, que en nuestro concepto, esta corriente neocausalista se explica también por el enorme respeto de los autores Franceses a la teoría clásica, en el entendimiento que la misma se encuentra efectivamente consagrada en las normas del Código Civil francés sobre la causa, al haber sido tomadas de las ideas de Domat y Pothier, en las cuales se inspiraron los redactores del mismo sin lugar a dudas."[383] Y luego propone una relación interesante de autores que siguen esta concepción: "Pues bien, todos estos factores son los que contribuyeron a la elaboración de la concepción neocausalista dual[384] en la doctrina Francesa, la cual podemos considerar como mayoritaria al haber recibido la preferencia de la mayor de juristas modernos[385] (sic). En este sentido, participan de esta corriente, entre otros juristas Franceses: Planiol y Ripert, Ripert Boulanger, Henri, León y Jean Mazeaud, Jean Carbonnier, Louis Josserand, Pierre Dupont Delestraint y Larroumer."[386]

Ahora bien, una vez analizado por qué tuvo acogida este *siamés* doctrinal, veamos cómo es que se entienden ambos cuerpos jurídicos:

---

383 TABOADA, 1996, p. 224.

384 Se está refiriendo al neocausalismo bilateral de JOSSERAND,

385 Debe entenderse como "de la mayor *parte* de juristas modernos."

386 TABOADA, 1996, pp. 224-225.

el de la causa clásica y el del móvil impulsivo y determinante, en boca de los hermanos Mazeaud: "a). *La causa del contrato:* La causa del contrato es la razón, el motivo o los motivos, que han determinado a cada uno de los contratantes a concluir el contrato. ¿Por qué ha contratado tal parte? Los motivos varían con los individuos; son los *móviles* concretos, vivientes; constituyen la *causa psicológica.* ¿Por qué adquiere una casa el comprador?; para habitarla o alquilarla, o para revenderla, etc. El móvil es individual; no está unido al móvil de la otra parte, que, a su vez, también persigue un fin personal con el contrato. B). *La causa de la obligación:* La causa de la obligación es la razón por la cual asume su obligación el contratante. ¿Por qué asume su obligación? La respuesta es siempre idéntica para cada tipo de contrato: en la compraventa, el vendedor se obliga a entregar la cosa para recibir el precio; el comprador, a pagar el precio para obtener la entrega de la cosa. La causa de la obligación es, pues diferente de la causa del contrato. Es *abstracta*, es decir, desligada de la personalidad del contratante, *idéntica para cada categoría de contratos.* Aparece así como una noción esencialmente técnica: es la pieza fundamental del mecanismo del contrato."[387]

Sin embargo, ahora podemos apreciar dos tipos de causa una aliado de la otra, pero no satisface mucho la idea que estos tratadistas tienen con respecto al móvil impulsivo y determinante en cuanto mencionan que éste debe ser individual y, por ende, ignorado por la otra parte, con lo cual el sistema contractual se haría sumamente inseguro. Pero este error se subsana posteriormente cuando los mismos autores rematan: "A fin de limitar la indagación de los móviles, la jurisprudencia no toma en cuenta más que la causa impulsora y determinante. Por otra parte, se exige, para que el motivo determinante se admita como causa del contrato, que haya

387 MAZEAUD, 1960, p. 292.

sido conocido por la otra parte; esta exigencia no se refiere sino a los contratos a título oneroso."[388]

De modo que la exigencia de conocibilidad del motivo es necesaria, por lo cual el motivo -causa del contrato- ya no sería solamente individual, como se mencionaba *ut antea*, sino un móvil común o *ex pacto* al decir de Josserand. Sin embargo, se establece que este motivo será común para el caso de los contratos onerosos, *contrario sensu*, no lo será para los gratuitos.

Posteriormente los hermanos Mazeaud se hacen más explícitos al respecto: "Por ser la causa del contrato, ¿debe haber sido conocido por el otro contratante el motivo ilícito determinante? Por ser individual el móvil, debería tomarse en cuenta, en buena lógica, el móvil ilícito determinante, sin indagar si ha sido conocido por la otra parte. La jurisprudencia -al menos los más de los fallos-, aprobada por la mayoría de la doctrina, distingue, sin embargo, entre los actos a título oneroso y los actos a título gratuito.

Deseosos de garantizar con amplitud la seguridad de los contratos, los tribunales estiman que, en los contratos a título oneroso, el motivo ilícito determinante no es la causa del contrato, y en consecuencia no puede llevar consigo la nulidad más que si era conocido por la otra parte. Se quiere evitar a ésta el perjuicio que podría originarle la nulidad; en efecto, correría el riesgo de no poder conseguir que se le restituyera su propia prestación: *certat de damno vitando*...

Por el contrario, se estima que importa poco, en los contratos a título gratuito, que el motivo ilícito determinante haya sido conocido, o haya debido conocerse normalmente, por la otra parte. El motivo determinante del donante, si es ilícito, implicará, pues, la nulidad de

388 MAZEAUD, 1960, p. 289.

la donación, incluso si ha sido ignorado por el donatario. Sin duda, éste, cuando sea anulada la liberalidad, debe restituir la cosa recibida; pero, por no haber dado nada en cambio, no experimenta pérdida alguna: *certat de lucro captando*. Existe ahí una razón para tratarlo más severamente que al acreedor de un contrato a título oneroso. Por otra parte, la inseguridad del contrato es menos temible en las liberalidades que en los negocios a título oneroso. Por último, es cierto que, en las liberalidades, si el consentimiento del favorecido es necesario, es el del disponente el que desempeña el papel principal. Pese a todas esas razones, la jurisprudencia no se muestra unánime al tomar en cuenta, como causa ilícita de una liberalidad, un motivo determinante ignorado por el favorecido."[389]

De donde se desprende con toda contundencia que los móviles representan un papel disímil según se trate de una fórmula contractual u otra, así en los negocios onerosos, el móvil deberá ser común, mas no en los gratuitos, donde no se requiere el conocimiento del mismo por parte del favorecido, salvo en ciertos casos sustentados por la jurisprudencia, como lo sostienen los mismos autores.

De aquí podemos comprender con suma claridad y coherencia cómo se arquitecturan dos nociones de causa, *una al lado de la otra*, una para el contrato y la otra para la obligación, con lo cual el *siamés* causal queda perfectamente delineado, aunque algún sector doctrinario no guste de esta figura: "En nuestra opinión -confiesa Taboada (1996, p. 249)- es absurdo crear artificialmente una segunda noción de causa, referida al contrato, con el fin de justificar los supuestos de causa ilícita, pues la causa, de acuerdo a la regulación de los códigos civiles causalistas, es un único elemento del contrato. Más aún es ocioso atribuir a una segunda noción de causa la responsabilidad de determinar o no la presencia de una causa ilícita, pues esa misma

389 MAZEAUD, 1960, pp. 304-305.

función puede asumirla la causa, entendida como causa objetiva o abstracta, en la medida que se permita la incorporación a ella de los móviles concretos y determinantes de la celebración del contrato. En tal sentido, desde nuestro punto de vista, la concepción neocausalista dual, al igual que la pura[390], debe ser rechazada."

Desde el tenor de este parágrafo, comprobamos que el rechazo a las posturas neocausalistas de Bonnecase y de Josserand va por la senda de insinuar la incorporación de los móviles impulsivos y determinantes a la figura de la causa clásica, con el fin de no crear -como Josserand- una nueva estructura adosada al negocio a modo de causa del contrato. Nuestra posición, comparte la conclusión invalidante de estas teorías neocausalistas, sin embargo, hacemos hincapié en la falsedad e inutilidad de ambas posturas causales, por las razones manifestadas en el ínterin de este apartado.

Por otro lado, veamos en seguida cómo se presenta una nueva postura neocausal denominada sincrética, exploremos por qué.

7. SISTEMA NEOCAUSALISTA SINCRÉTICO (DE CAPITANT)

Profesor de Derecho Civil en la Universidad de París, en 1923 escribe su tesis doctoral intitulada "De la Causa de las Obligaciones", en la que busca salvar los escollos encontrados por el anticausalismo, mediante el concepto de causa-fin.

7.1. La Causa Frente a la Obligación

La novedad de Capitant consiste en precisar que la causa no sólo es elemento de las obligaciones sino de los actos jurídicos, lo que conlleva una verdadera innovación al respecto, puesto que hasta ese momento la causa ocupaba un lugar sólo en el seno de la obligación

390 Se refiere al neocausalismo bilateral y al neocausalismo psicológico respectivamente.

-aunque dentro de la teoría del contrato, según la postura iniciada por Pothier- mas no en el del acto jurídico como operación conglobante.

Asimismo, un dato curioso que Capitant aporta al mundo del neocausalismo es su interpretación de la causa en el sentido de no considerar a la causa clásica sólo en su aspecto inicial, genético, etiológico, sino también en su plano funcional, ejecutivo. Así, la causa de las obligaciones de cada una de las partes no debe buscarse en las contraídas por la otra, sino en el cumplimiento efectivo de las mismas: aquella causa es la representación intelectual psicológica, de la ejecución de estas últimas obligaciones. La causa opera *no sólo* en el nacimiento de las obligaciones, sino durante toda la vida del contrato, justificando instituciones como la resolución por incumplimiento o la teoría de los riesgos.

Si una de las partes no ha cumplido, la otra puede rehusar el cumplimiento de la obligación por desaparición de la causa,[391] figuras que históricamente como lo revisamos- tuvieron presencia en el tramado contractual a través de las *condictiones* y *exceptiones*, basadas en planteamientos emanados de la propia naturaleza del negocio.

7.2. Sinalagma Funcional y Sinalagma Genético

"Sinalagma" es un término griego que significa cambio, relación, nexo entre dos obligaciones recíprocas, que en contratos con prestaciones correspectivas se manifiesta de la siguiente manera:

1) En el momento del perfeccionamiento del contrato, la tutela del interés que una de las partes tiene en la prestación prometida por la otra sólo se logra si simultáneamente se alcanza una tutela jurídica paralela para el interés que la contrapuesta parte tiene

391 DIEZ-PICAZO y GULLÓN, 1980, p. 67.

en la prestación que se le ofrece a cambio de la ofrecida por ella, de modo que si esta última tutela jurídica fuere imposible natural o jurídicamente, tampoco podría existir la primera: sinalagma genético.

Para Capitant, el sinalagma genético como presupuesto de existencia del contrato no explica la acción resolutoria, puesto que esta figura negocial hunde su fundamento en el momento posterior al nacimiento del contrato, en situaciones sobrevinientes al perfeccionamiento del mismo. Sin embargo, éste es el juego de la interdependencia de las obligaciones, el mismo que para los contratos bilaterales, según la teoría clásica, permanecería subsumido dentro de la institución causal, no obstante, su verdadera naturaleza radica en la misma esencia de la operación contractual sin necesidad de recurrir a nociones paralelas, esencia que explica la aludida figura resolutoria del negocio.

2) En la sucesiva fase del contrato ya perfeccionado, si alguno de los términos (prestación perseguida), fallare voluntaria o involuntariamente, la tutela prestada por el ordenamiento para la obtención de la prestación correspectiva también resultaría afectada: slnalagma funcional. Estamos frente al sinalagma genético puesto en circulación, en proceso, cuyo andamiento define una reciprocidad de obligaciones en el momento fáctico de la ejecución de las prestaciones.

Con el sinalagma funcional entendemos referirnos no ya al surgimiento del contrato, sino a la relación jurídica creada por el contrato que se postula perfeccionado, y se pregunta sobre las repercusiones que en la tutela jurídica del interés de una parte en la obtención de la prestación prometida por su contraparte, puedan tener las vicisitudes de la efectiva obtenibilidad de la contraprestación que se ofrecía para alcanzar aquélla (caso

fortuito o conducta culposa del obligado a esta contraprestación recíproca.)

7.3. Sistema Causal

Dentro de este marco específico, Capitant propone dos argumentaciones medulares en torno a la doctrina causalista:[392]

a) Altera el principio de reciprocidad de las causas, planteamiento sostenido por Domat, de modo que el postulado de la interdependencia de las prestaciones (que constituía su consecuencia) adquiere otra explicación, desde la perspectiva del sinalagma funcional.
b) Busca una noción objetiva de la causa independiente del objeto con el que se le había estado confundiendo. Parte del individuo, pero el fin que le lleva a contratar, que nace en el consentimiento, lo estira como una goma para alcanzar la ejecución de la obligación.

Con el primer argumento refuta la imputación de "falsa" de Planiol a la teoría clásica (que explicaba la imposibilidad de que causa y efecto nazcan juntos, o sea, la sogénesis) manifestando que para este autor la causa constituye un antecedente, en sentido filosófico, pero que en materia jurídica es sinónima de fin pretendido por el contratante: la causa es el fin perseguido, vale decir la ejecución de la prestación prometida por la otra parte.

En este aspecto podemos encontrar que la causa, emparentada a una noción funcional, se acerca en grado sumo a la prestación y a su consecuente ejecución. De ahí que no quepa mucha duda cuando al reputar su utilidad en el seno de figuras como la resolución por incumplimiento, la teoría de los riesgos, podamos encontrar su más inmediato fundamento no en esta institución causal, sino en la

392 MARTY, 1952, 1952, p. 884.

naturaleza propia de este tipo de contratos, siendo su manifestación la interdependencia de las obligaciones.

Con el segundo criterio destruye la calificación de "inútil" de Planiol quien afirma que bastaba con el consentimiento y el objeto para evaluar los diversos tipos contractuales, postulando Capitant que las obligaciones son correlativas en existencia y duración como en su origen.

El problema que plantea la causa es determinar si es o no un elemento de la formación del contrato, pues al dejar de considerarla como elemento de dicha formación para referirla al cumplimiento, Capitant aborda un problema distinto al que plantea la causa. "Si la causa consiste en el cumplimiento,[393] *definitivamente dejará de ser elemento de la formación del contrato* porque el cumplimiento es un efecto de la obligación, la que a su vez es un efecto del contrato; por lo que, el incumplimiento nunca podrá ser elemento del contrato, sino efecto o consecuencia del mismo." Sin embargo, lo que Capitant quiere significar es una noción que elastiza la causa desde el nacimiento de la obligación hasta su cumplimiento, abarcando todo el proceso obligacional en un plano *abarcativo* y holístico, aunque dando un notorio énfasis a la etapa ejecutiva y no tanto a la genética.

Como consecuencia lógica de su concepción en torno al nacimiento y desenvolvimiento de la noción causal, en el seno del negocio tenemos las siguientes aseveraciones:

a) En cuanto al origen de la obligación la causa forma parte de la manifestación de voluntad que crea la obligación: el fin propuesto al crearla es posible y lícito.
b) En lo que respecta a la subsistencia de la obligación, la causa ya no se mide sino por el cumplimiento efectivo que ansía cada parte correspectiva.

393 MARTÍNEZ ALFARO, 1993. p. 45.

Veamos en seguida la postura de Capitant con respecto a la causa en cada figura contractual, vale decir: contratos sinalagmáticos, unilaterales y gratuitos.

7.4. La Causa Según La Diversa Tipología Negocial:

A) Causa en el Contrato Sinalagmático

La teoría de Capitant, como ya vimos *ut antea*, representa un esfuerzo para perfeccionar y ampliar la teoría clásica, alejándose lo menos posible de sus directrices fundamentales, teniendo la causa un doble papel: en la formación del contrato en cuanto la causa existe ilícita y verdadera (sinalagma genético), y en la ejecución del mismo (sinalagma funcional.)

De modo que en el sinalagma la causa constituye un lazo que une las obligaciones y que implica la ejecución simultánea de las mismas.[394] La causa de cada obligación es la voluntad de obtener la ejecución de la obligación de la otra parte, explicándose así la interdependencia de las obligaciones en la formación y ejecución del acto.

Capitant[395] piensa que el acto de voluntad se compone de dos elementos:

a). *Consentimiento*: que es el hecho de prometer y de ligarse las partes, y

b). *La consideración del fin*, para cumplir la promesa. Bajo estos enunciados, los actos jurídicos representan medios para atender a la realización de los fines jurídicos, en consecuencia el acto patrimonial propiamente dicho ha de servir para alcanzar fines patrimoniales.

394 MARTY, 1952, 1952. pp. 86 y ss.

395 VALVERDE y VALVERDE, 1953, pp. 263-264.

Como vemos, Capitant pretende no apartarse de Domat, sin embargo lo hace cuando postula una noción de causa clásica entendida como la *consideración del fin*. De la atenta lectura del capítulo referente a la causa clásica y el anticausalismo de este trabajo, veremos que ni Domat ni Pothier nunca trataron de aludir a una noción subjetiva de causa sino que su orientación fue *objetiva*, mientras que los redactores y los comentadores del Code Napoleón hicieron de esta concepción una doctrina subjetiva, para luego la doctrina objetivizarla de nuevo, en un juego de *ping pong* que hemos reseñado en los capítulos aludidos.

Pero también dijimos que ya sea que se asuma una versión objetiva o subjetiva de la lectura de la creación de los doctores de la causa clásica, ésta no deja de ser falsa, inútil, huera de contenido y hasta infantil, como se podrá comprobar en dichos capítulos. Pero repárese que la orientación de Capitant pasa por considerar subjetivamente este planteamiento de causa clásica, pero no sólo en su aspecto original, primitivo o inicial, sino también en el plano funcional, ejecutivo o ulterior.

Esta teoría en torno que tiene una reminiscencia clásica en la etapa fundacional del contrato, esto es la consideración de la ventaja procurada por el negocio, puede ser por sí misma una justificación suficiente para creación de la obligación junto a la consideración de la ejecución o cumplimiento efectivo de la misma; y así sea la noción de causa clásica una versión subjetiva de la misma, se desemboca, en la práctica, en un planteamiento objetivo, por ejemplo en el contrato de compraventa, la voluntad de vender vendría justificada por la consideración del precio que se va a obtener,[396] así la obligación del vendedor tiene por causa el pago del precio (no la obligación del comprador, sino el cumplimiento de la obligación del comprador), y la

396 ARTEAGA, 1979, pp. 33-34.

obligación del comprador tiene por causa la transmisiones de la cosa vendida: cumplimiento de la obligación del vendedor. Ello significa que el objeto de la obligación del comprador (precio) constituye la causa de la obligación del vendedor, lo que da pie para afirmar que la causa de la obligación del comprador se enanca en el objeto de la obligación del vendedor (objeto vendido); vale decir que no se desprende totalmente de las consideraciones típicas y objetivas del negocio.

De esta forma, en el contrato sinalagmático si una parte reclama el cumplimiento de la prestación, debe probar que la otra parte ha conseguido o va a conseguir el fin que a su vez se propuso; pero si por un hecho posterior al nacimiento de la obligación (falta de cumplimiento de la otra parte, caso fortuito o fuerza mayor), el fin querido no se realiza, la obligación no tiene causa y desaparece, ya que el contratante ha consentido en obligarse con el fin de obtener, a su vez, la prestación que en cambio le ofreció la otra parte. De modo que la causa de las obligaciones de cada una de las partes en los contratos sinalagmáticos no está constituída por las obligaciones a cargo de la otra parte, sino por el cumplimiento y ejecución de las respectivas contraprestaciones.

Asimismo, al explicar la *exceptio non adimpleti contractus* (excepción que consiste en oponerse a cumplir una prestación cuando el que la solicita no ha cumplido con su obligación respectiva) y la acción resolutoria por incumplimiento de un contrato bilateral (consistente en la demanda de resolución de contrato por parte del que ha cumplido su obligación o ha demostrado que la cumplirá), ostentan -según esta teoría- su natural fundamento en la categoría del sinalagma funcional vía la ejecución de prestaciones de los contratos sinalagmáticos. De modo que si una de las partes deja de cumplir sus obligaciones, las que incumben a la otra parte carecen de causa, estando autorizada a negarse a cumplir ejercitando la *exceptio*

non adimpleti contractus, ya para exigir que la otra parte cumpla con su prestación, o si ya ha cumplido, la resolución del contrato y la consecuente restitución de lo que haya dado o pagado en razón del mismo.[397]

En realidad lo que ocurre es que antes de analizar la resolución de un contrato por falta de causa vía incumplimiento de la obligación respectiva ante la imposibilidad voluntaria o involuntaria sobreviniente, es importante aclarar que, basta para el análisis interpretativo, la ausencia de la ejecución de la prestación de una de las partes, con la consecuente falta de objeto o contenido de la obligación, generando imposibilidad de cumplimiento, es decir, nos encontramos en el plano de la resolución de los contratos, y esta ejecución o inejecución no puede ser un elemento de los mismos.

En este contexto podemos encontrar que el principio de interdependencia de las causas continúa invívito, con la única diferencia de que ahora se postula el reinado de la correlación de los respectivos cumplimientos de obligaciones de las partes coparticipantes en el momento funcional o ejecutivo, las mismas que soportan el peso de la presunta ausencia de causa, pábulo de la nulidad de la operación.

Por su parte Hémard[398] esboza un sucinto comentario en torno a la teoría de Capitant sobre la consideración de la causa no como la contemplación de la obligación de la contraparte, sino como la efectiva ejecución de la misma, pensando que tomar la causa desde la formación hasta la ejecución del contrato, explicar los efectos de los contratos sinalagmáticos por la causa, es sobrepasar el alcance de esta noción. En efecto, si la sanción de la falta de causa es la nulidad del contrato, y si en la inejecución del contrato no se habla de causa

397 OSPINA FERNANDEZ y OSPINA ACOSTA, 1980, p. 274.
398 UNDURRAGA y RODRÍGUEZ, 1961, p. 400.

sino de resolución, entonces la causa es un concepto que no explica el efecto resolutorio, que se comprende perfectamente partiendo de la idea de condición. Los efectos del contrato sinalagmático, contenidos en la interdependencia de obligaciones que descansa en el efectivo cumplimiento de las mismas, y la figura de la inejecución de las obligaciones (bandera filosófico jurídica de Capitant en defensa de sus elucubraciones), se desbaratan al reparar en instituciones como la propia naturaleza jurídica de los contratos bilaterales (léase sinalagmáticos), o la condición que tan importantes funciones desempeña.

Por su parte, Mélich piensa que la teoría de Capitant no explica cómo es que la acción de resolución compete sólo a la parte cumplidora. Ya que la causa como elemento estructural, y fundándose en la teoría de la frustración o falla de tal elemento, debería conducir forzosamente a la absurda conclusión de que la resolución del contrato pudiera ser solicitada por la propia parte incumplidora, y aun por cualquier tercero con interés en hacerla pronunciar. Además, faltando ese elemento estructural, no se explica cómo es que pueda optarse por la acción de cumplimiento en lugar de la resolución.

Por otro lado, los Mazeaud[399] opinan que para Capitant la obligación que poseía una causa cuando surgió, no puede convertirse en obligación sin causa. Las cuestiones que suscita el influjo del incumplimiento de una de las obligaciones sobre el cumplimiento de la otra obligación no pueden resolverse recurriendo a la causa, la teoría de la causa no tiene papel alguno que representar en el ámbito del cumplimiento de los contratos sinalagmáticos; pero su utilidad debe ser afirmada en el de la formación de esos contratos.

399 MAZEAUD, 1960, p. 302.

A nuestro entender la pretendida utilidad en el plano genético de la causa ha sido ampliamente discutida en el capítulo correspondiente a la causa clásica, sin desmedro de ello, la causa funcional tiene serios bemoles en cuanto se pretende utilizar un elemento estructural en el seno del negocio, que supuestamente constituye la causa, para explicar que frente al incumplimiento de una obligación la contraparte queda desobligada a efectuar su propia prestación. Como ya lo estudiamos, la teoría de la condición y no la de la causa ejerce preponderancia teorética frente al incumplimiento contractual.

Una crítica más profunda pone de relieve el prejuicio individualista de la teoría de Capitant, al ignorar la unidad del negocio y desmembrarlo en la suma de las manifestaciones de voluntad que concurren a su formación, definiendo como causa la motivación exteriorizada de cada uno de los declarantes. Y esto ocurre porque este tratadista, con el pretexto de ampliar y perfeccionar la teoría clásica, sigue conservando su estructura fundacional (sinalagma genético) a pesar del énfasis que pone en la parte operativa del negocio (sinalagma funcional); y ello acontece a despecho de la pretendida causa convencional que da cabida en el contrato a una motivación relevante, potenciada o exteriorizada.

Revisemos ahora algunos casos de contratos sinalagmáticos donde 1as obligaciones son recíprocas, en estrecha dependencia: si una de estas obligaciones queda incumplida, por cualquier razón que sea, la otra ya no tiene base y no debe subsistir,[400] veamos:

a) Caso de la nulidad de un negocio por causa ilícita, en que la obligación de pagar a "X" se pacta con la condición de que

400 COLIN y CAPITANT, 1941, pp. 656 y ss.

se abstenga de presentar un pliego de condiciones para una determinada adjudicación.

b) Caso en que se produce una convención por medio de la cual una sociedad individual se obliga a pagar comisiones a funcionarios de un gobierno extranjero, para que favorezcan a dicha sociedad en transacciones mercantiles.

c) Caso del corretaje matrimonial por el cual una persona se obligaba a pagar a título de comisión una cantidad de dinero a una agencia matrimonial, por la negociación de un proyecto de matrinionio, adoleciendo dicho acuerdo de causa ilícita.

Hemos considerado estos casos, en los que podemos destacar que la pretendida causa ilícita representa en sí un atentado contra el orden público, la moral y las buenas costumbres, claro está que debemos situarnos en el espacio-tiempo histórico de la época para poder entender ciertas figuras como el corretaje matrimonial, que posteriormente gozaría de plena aceptación -siempre y cuando se la considere como un mandato y no se someta el pago de la remuneración al nacimiento del matrimonio-; en cambio los otros casos constituyen típicos ejemplos de corrupción de funcionarios o personas involucradas en alguna actividad irregular determinada: Es la ley la que reputa ilícitos estos contenidos por tratarse de operaciones con prestación inmoral o contraria al orden público, generando la nulidad plena de estas operaciones sin necesidad de abocarnos a interpretar su causa u otras figuras aledañas.

Ahora bien, veamos la fuente misma para comprender nuestro aserto: "La mayoría de los autores, escribe Capitant[401], explican cómo en los contratos sinalagmáticos, la obligación de cada contratante encuentra su causa en aquélla que al otro corresponde. Esta

401 Cfr. DABIN, 1929, pp. XI-XIII.

definición, sin embargo, carece de substancia. En efecto, con ella se limitan a hacer constar simplemente que cada parte se obliga porque el causante se obliga igualmente: por ejemplo, que en la venta el vendedor consiente porque el comprador, a su vez, está conforme en comprar y lo mismo puede decirse en el caso contrario. Semejante afirmación es pueril y nada nuevo viene a enseñamos que no se encuentre comprendido ya en la noción de consentimiento... Es evidente, en efecto, que si uno de los contratantes se obliga, no es sólo y exclusivamente para obtener que el otro se obligue por su parte, pues ambas obligaciones correlativas sólo constituyen un primer estadio, destinado a preparar el resultado definitivo, o sea, la ejecución de las prestaciones prometidas.

Lo que determina a una persona a vender aquello que le pertenece, no es exclusivamente la promesa del comprador de pagar el precio convenido, sino que es también la voluntad de tener a su disposición aquella cantidad. El comprador, por su parte, si consiente en pagar el precio, es para adquirir la propiedad útil y pacífica de la cosa vendida.

Por lo tanto, en un contrato sinalagmático, la causa que determina a *obligarse* a *cada una de las partes, es esa voluntad de obtener la ejecución de la prestación que le haya sido prometida* a *cambio de la suya.*"

Entonces, en otras palabras, "la obligación del vendedor, por lo tanto, tiene por causa el pago del precio, es decir, no como se ha dicho con frecuencia, la obligación del comprador, sino el *cumplimiento de la obligación*, y, recíprocamente, la obligación del comprador tiene por causa la transmisiones de la cosa vendida, es decir, el *cumplimiento de la obligación del vendedor.*"[402].

402 COLIN y CAPITANT, 1941, pp. 656-657.

Con ello tenemos que existe una matización muy sutil, "la causa de las obligaciones de cada una de las partes no debe buscarse en las contraídas por la otra, sino en el cumplimiento efectivo de las mismas. En otras palabras, aquella causa es la representación intelectual, psicológica, de la ejecución de estas últimas obligaciones. Así, la causa no opera sólo en el nacimiento de las obligaciones, sino durante toda la vida del contrato.[403]

Con estas citas, el panorama aparece sumamente claro: Capitant prolonga la causa más allá del momento inicial de la formación de la operación contractual, cosa que no dijeron ni Domat ni Pothier ni el mismo Código, siendo ésta la teoría auténtica, la misma que el propio Capitant -que la acepta en parte- la califica de huera de toda substancia y hasta pueril.

Repárese, además, que Capitant, pese a criticar la teoría auténtica de los doctores de la causa clásica, asume una lectura *subjetiva* -como vimos anteriormente- de la misma, pero añade el ingrediente funcional de la causa que ve el fin en *la voluntad de obtener la ejecución de la prestación.* Esta voluntad de obtener el cumplimiento o la ejecución, más la consideración del fin inmediato clásico (sinalagma genético) -que critica y acepta, pero vista desde una dimensión subjetiva- hacen de su planteamiento una visión *subjetiva sui generis* de la causa. Sin embargo, nada nuevo viene a añadir a la teoría que no se conozca por otros medios. "Por ello, esa nueva definición con que Capitant pretende substituir la antigua, no puede satisfacer en modo alguno. Una de dos: o significa que en caso de incumplirse la prestación prometida en cambio, la obligación desaparece por carecer de causa -y entonces abandonaremos el terreno de los requisitos de validez de las obligaciones (arts. 1108 y siguientes del Código civil), para pasarnos al de la resolución

403 DIEZ PICAZO y GULLÓN, 1984. p. 67.

de los contratos (art. 1184 C.C.)-; o bien, esa definición significa, simplemente, que en el caso de obligaciones sinalagmáticas, cada una de las partes no sólo pretende obtener la vinculación de la otra, sino que persigue la ejecución de la obligación contraída; y si esto es así, ¿cómo no afirmar que es tan 'huera' y tan 'pueril' como la otra?

No hay necesidad, realmente, de acudir a la teoría de la causa para explicar el carácter sinalagmático de las obligaciones que surgen de un contrato que por definición es sinalagmático. Por definición: es decir, 1º En la realidad misma de las cosas, puesto que cada una de las partes sólo entendió obligarse sinalagmáticamente; 2º Jurídicamente considerado, puesto que en nuestro sistema jurídico moderno 'la voluntad -entiéndase la voluntad psicológica- es, como afirma el mismo Capitant, el elemento esencial de la relación contractual'.[404]"

De modo que la nueva teoría de Capitant del sinalagma funcional (que no desprecia el genético) desde una perspectiva *subjetiva* de la causa clásica, es tan vacía, falsa e inútil como la auténtica teoría clásica de sus creadores. Basta con aludir a la voluntad sinalagmática de los agentes para desechar la teoría de la causa; como sabemos, el consentimiento no radica sobre una sola obligación independiente del correlato contractual, con lo cual se justificaría toda existencia causal, sino que reposa sobre una obligación interdependiente, sobre el contrato mismo si se prefiere, de modo que la interdependencia de las obligaciones no es fruto ni consecuencia de la teoría de la causa.

Asimismo, es necesario añadir que el planteamiento de Capitant sobre el sinalagma funcional se refiere a la teoría de la resolución de los contratos, siendo su postulado tan cóncavo y falso como el criterio de Domat y Pothier. "La no realización de tal fin es solamente un accidente del acto, lo mismo que el error: y no puede decirse que

404 DABÍN, 1929, pp. XIII-XIV.

la exigencia de que no exista error o de que el fin se realice constituya una limitación al principio del pacto nudo", sentencia agudamente Gorla.[405] Nada salva a Capitant de que su teoría siga la misma suerte que la de los creadores de la causa clásica, ni siquiera su pretendida orientación subjetiva de la misma, ya que "la causa subjetiva sería la objetiva en cuanto es concebida y querida por el agente"[406], compartiendo sus mismas anomalías.

Vamos ahora a revisar la causa en los contratos unilaterales, según el planteamiento de Capitant.

B) Causa en Contratos Unilaterales

En este tipo de contratos, la noción de causa varía según los casos:[407] en los préstamos de dinero el prestatario se obliga a restituir el dinero porque lo ha recibido del prestamista, por lo tanto, la causa de su obligación es la entrega del dinero prestado. Lo que él quiere es recibir el dinero, y por eso se obliga a devolverlo en las condiciones estipuladas en el contrato: en el mutuo la causa de la obligación del mutuatario es la recepción de la suma prestada. De esta forma, en todo contrato real la causa es la entrega efectiva de la *res*, así en el mutuo "el prestatario, aunque haya firmado un documento obligándose, no estará válidamente obligado si el dinero del préstamo no le ha sido entregado."[408]

405 GORLA, 1959, p. 325.

406 DIEZ PICAZO y GULLÓN, 1984, p. 68.

407 Somarriva y Rodríguez consideran, por su parte, que Capitant asume que todos los contratos reales, *excepto el depósito*, son verdaderos contratos sinalagmáticos, bilaterales, cuya única particularidad consiste en que la prestación de una de las partes se realiza inmediatamente, al momento en que se perfecciona el contrato. Así, la causa de la obligación del comodatario, mutuario y acreedor prendario, de restituir la cosa, consiste en la entrega que de esta misma cosa hizo la otra parte, o sea, la ejecución de la obligación del comodante, mutuante y deudor prendario respectivamente (UNDURRAGA y RODRIGUEZ, 1961, p. 398.)

408 COLIN y CAPITANT, 1941, p. 659.

Similar caso tenemos en la prenda, donde el acreedor se obliga a devolver la cosa porque la recibe. En cambio en el pago y la promesa de pago, la causa es el hecho jurídico anterior que determina al deudor a pagar o a obligarse. El pago tiene por causa la existencia de una deuda anterior, civil o natural que el *solvens* se propone extinguir. Si la deuda no existe o ha sido anulada, el pago ha sido hecho sin causa, entonces el *solvens* puede pedir la repetición.

Como vemos, pese a que la *ejecución efectiva* de la obligación y no la prestación misma es la que ahora constituye la causa de la obligación, ésta continúa gobernada por una concepción marcadamente orgánica, abstracta, objetiva y con notorio sabor clásico; lo que ocurre es que se llega al mismo punto de partida por un camino diferente, pero en resumen tanto el uno como el otro ven la causa en el hecho genético, eficiente, etiológico, físico de nivel progresivo causa-efecto, representado en el objeto que se entrega en un primigenio momento, para que ulteriormente sea devuelto: de esta forma la causa equivaldría a afirmar que una persona se obliga a devolver un bien porque lo ha recibido de otra. La única diferencia consiste en que ahora Capitant no sólo hace de la entrega del bien la causa del que lo recibe (causa genética), sino que ve la causa de todo contrato real en la *entrega efectiva de la res* (causa funcional), según afirma el propio Capitant.[409]

De esta manera, ya sea que Capitant considere el aspecto genético de la causa de los contratos reales (entrega de la cosa), más su momento funcional constituido por la *entrega efectiva de la res*, dentro de una consideración subjetiva y psicológica de esa entrega efectiva, se desemboca en la conclusión de que esta noción aparece confundida con la causa etiológica del contrato, con la causa eficiente

409 COLIN y CAPITANT, 1941, p. 659 y ss.

misma del negocio real, con su causa fuente si se gusta; de suerte que la causa fin resulta un elemento falso e inútil.

A este respecto, Dabín remata sentenciosamente: "Sea lo que fuere, se hace imposible decir con Capitant que en el préstamo y en la prenda, la obligación contraída por el prestatario o el acreedor pignoraticio de restituir la cosa, tiene por causa, es decir, por fin determinante, la propia entrega de la misma y ello, aun cuando el prestamista se hubiese obligado con anterioridad a proporcionar la cantidad. Resulta bien claro, además, que la obligación de restituir sólo existirá en realidad si esa cantidad fue efectivamente entregada: la entrega de esa cantidad, es, pues, lo que constituye, y sólo ella la puede constituir, la causa eficiente o la condición *sine quea non* de la obligación de restituir."[410]

Es decir, que la teoría de Capitant sobre la causa funcional (adosada a la doctrina *genética* de Domat), entendida como la consideración de la entrega efectiva de la res, descansa en un plano objetivo entendido como la res misma, la prestación entregada que no es causa fin sino causa eficiente del contrato. El problema está en que cuando una noción es falsa e inútil, cualquier pretensión por querer salvarla resulta demagógica y superflua, como en el caso de autos.

C) Causa en Contratos a Título Gratuito

En lo que respecta a contratos a título gratuito, la causa de la obligación es el *animus donandi* concreto, no la intención de donar abstracta, sino la de gratificar precisamente al donatario considerado. "Cuando una persona se obliga contractualmente con otra sin más intención que la de favorecerla -escribe H. Capitant[411]-

410 DABIN, 1929, p. XI.

411 Cfr. DABÍN, 1929, pp. XIV-XV.

se debe determinar, como en los casos precedentes, cuál sea el fin por ella perseguido. Ahora bien, este fin surge inmediatamente del simple examen de la relación. En efecto, resulta aquí tan íntimamente unido a la manifestación de voluntad, que parece como que se confunde con ella y que no es un elemento, sino el todo. El donante se propone enriquecer gratuitamente a aquella persona con la que se obliga, es decir, hacer pasar un valor determinado de "su patrimonio al de ésta sin percibir nada en cambio... Por ello, puede afirmarse con los comentaristas que la causa de la obligación del donante está constituída por el *animus donandi*, pero no un *animus donandi abstracto*, sino aquel precisamente que se aplica o dirige a la persona a quien se tiene la intención de beneficiar."

Como se puede observar, Capitant habla de la causa de las liberalidades entendiendo ésta como el *animus donandi concreto* y *no abstracto*, queriendo significar con ello la atención del donante puesta en la persona a quien se ha de beneficiar, es decir, estaríamos entrando al terreno de la motivación.

De esta forma, en este aspecto, Capitant se separa de la teoría clásica objetiva que pretendía dividir y separar tajantemente la causa de la motivación; concibiendo la causa de los actos gratuitos no como el *animus donandi* abstracto sino concreto, en la figura de la motivación explicitada. En las donaciones el fin o el motivo constituye la causa, sin embargo, no cualquier motivo *in mente retentum*, sino uno causalizado u objetivado que sirva de condicionamiento al acto bajo la forma de cargo, o simplemente aparece como una figura subordinada al imperio del consentimiento.

En otra obra de Capitant, que la escribe juntamente con Colin[412], manifiesta lo siguiente: "En este punto creemos deber inclinarnos a

412 Cfr. COLIN y CAPITANT, 1941 p. 663.

adoptar las ideas de la jurisprudencia y separarnos de las que defienden los autores causalistas. En la donación, dicen estos últimos, la causa es la *intención liberal*, el *animus donandi*, la idea de beneficencia que anima a todo donante. Hay aquí una manera de ver en nuestra opinión completamente inexacta; es una tautología, pues se reduce a decir que el donante dona porque quiere donar, lo que no explica nada. La verdad es que, para conocer la causa de una donación, es preciso preguntarse *por qué* el donante la hace. Ahora bien, la respuesta debe buscarse necesariamente en el espíritu del donante; conviene, por lo tanto, descubrir cuál es el móvil determinante que le impulsa a hacer la liberalidad. La causa se confunde aquí, necesariamente, con el motivo."

Por ende, si la causa de las liberalidades se confunde con el motivo, podrán verse múltiples ejemplos de causa en el seno del contrato gratuito, con la condición de que sea objetivizado, es decir, como se dijo *ut supra*, conocido. De esta forma, tendremos casos de donación con otras causas, como en la constitución de dote cuya causa es el matrimonio, o en la donación de una cosa a una persona natural o jurídica para que lo destine a determinados fines (religiosos, científicos, de caridad, etc.)

No obstante, en esta identificación de causa con el motivo, no hemos de olvidar que el motivo, como lo veremos más adelante, no es una figura independiente de la voluntad, sino que es un elemento de la misma, está insaculado en el proceso de formación del consentimiento, por lo que mal haríamos en dividir la voluntad en dos elementos que son en realidad indivisibles.

7.5. Balance

Como vemos, Capitant pretende mejorar la noción de Domat, pero lo interpreta desde un plano subjetivo con lo cual añade al causalismo genético, el causalismo funcional, el mismo que en los

contratos sinalagmáticos se confunde con la resolución del contrato; en los contratos reales, con la *res* misma, y en los contratos gratuitos, con el *animus donandi concreto* vía móvil objetivizado que en sí es un elemento de la voluntad y no de la estrucutra negocial.

De esta forma, su doctrina aparece tan infantil, huera de substancia y pueril -utilizando las mismas palabras de Capitant cuando critica la posición de Domat-, que en sí no hace sino confirmar que la teoría de la causa, ya genética o funcional, es falsa e inútil.

Pero, además, Capitant pretende crear una noción de causa entendida como el fin o consideración de la ejecución de la obligación de la contraparte, para lo cual, es necesario expresar algunos considerandos. Dabín manifiesta al respecto: "Toda la teoría causalista -y hablamos de la que reduce la causa a la idea de fin, puesto que existe otra que la reduce a la de objeto- descansa en la inexacta hipótesis de hecho y de derecho de que 'el acto volitivo se compone de dos elementos: primeramente, el consentimiento constituido por el hecho de prometer o de obligarse y, después, la consideración del fin que se pretende alcanzar con esa promesa'; fin que es de orden económico en los contratos sinalagmáticos y altruista en las liberalidades. Es cierto, que inmediatamente se añade que ambos elementos no pueden desglosarse: 'aislarlos o atenerse exclusivamente a la promesa sin inquietarse del fin que la explica, equivaldría a amputar arbitrariamente el acto volitivo, a deformarlo y desconocer la intención de su autor'. Mas ¿a qué equivale esta concesión, si no es a afirmar que la pretendida distinción entre consentimiento y fin no se justifica en modo alguno y que se plantea exclusivamente para dar cierta aparente consistencia a la teoría de la causa? La verdad es que el que se obliga lo hace siempre o sinalagmáticamente o con una intención de liberalidad. Por lo tanto, no se trata de un 'complemento' (como decía Bufnoir), ni de una modalidad del consentimiento, sino que aquí se le tiene

en cuenta a él mismo considerado en su realidad psicológica. Una vez supuesto el consentimiento, la naturaleza del contrato resulta patente y en su consecuencia también la causa -puesto que ésta es inherente a la naturaleza del contrato. Podrá suceder, desde luego, que el consentimiento sea *expresado* abstractamente y que entonces no resulte ostensible la naturaleza del contrato. Mas tal defecto de expresión y de apariencia, únicamente suscitaría una cuestión de prueba (caso resuelto por el art. 1132 del Código Civil); en el fondo, el consentimiento es, por definición, necesariamente causado en todos los casos -salvo en el del loco, puesto que en ese caso particular el consentimiento no existe."[413]

Con estas enjundiosas afirmaciones vemos que la voluntad del contratante puede ser o sinalagmática o liberal, por lo cual resulta innecesario y falso tratar de dividir este consentimiento -que reposa de variopinta manera en cada contrato según la tipología reseñada- en la promesa y en el fin que se pretende obtener a través de la ejecución de la promesa: ambos elementos resultan indivisibles y están insaculados, ínsitos, en la voluntad o consentimiento. De esta manera, una vez más, demostramos cómo la interpretación *subjetiva* de Capitant de la teoría objetiva clásica de la causa, -después de ver cada tipo contractual por separado- resulta inútil si se analiza con asiduidad el pretendido concepto general de causa entendido como fin psicológico.

Por otra parte, Capitant no se detiene con este aspecto *funcional* de la causa, sino que guarda algunos planteamientos con respecto al motivo, que será importante revisarlos.

413 DABÍN, 1929, pp. XII-XIII.

7.6. El Motivo frente a la Causa

Capitant distingue entre la causa de una obligación convencional que es la razón inmediata, directa, siempre la misma en cada contrato determinado y el motivo determinante que es el móvil personal, variable hasta el infinito, que impulsa al sujeto a contratar, el mismo que integra la noción de causa únicamente cuando se incorpora por el agente como un elemento esencial de la estructura del contrato.[414]

De esta forma, Capitant coincide con el causalismo clásico cuando diferencia la causa (*causa finalis* o próxima) del motivo (causa impulsiva o remota):[415] la primera representada por el efecto jurídico esperado, mientras que la segunda constituida por el provecho de ese efecto jurídico. Sin embargo, no se queda en esa acartonada división, sino que va más allá, tanto que se desfigura la pretendida diferenciación estereotipada.

Considera que para que los móviles tengan trascendencia negocial, es necesario que formen parte del acuerdo de voluntades, por ejemplo si Pedro compra un inmueble para instalar en él una casa de juego ocultando su intención al vendedor, la venta será válida y el comprador, si la policía cierra el local no podrá anular el contrato; en cambio si las dos partes se han puesto de acuerdo en que la venta se hiciera para aquella explotación, el contrato estará viciado de nulidad.[416]

Según Ripert y Boulanger[417], este autor mantiene la oposición entre causa y motivo, permaneciendo fiel al concepto clásico de causa, y para resolver esta antinomia, separa de la voluntad real el motivo determinante para hacerlo penetrar, bajo el nombre de

414 TORRES VÁSQUEZ, 1992, pp. 40-41.
415 MÉLICH-ORSINI, 1982, pp. 91 y ss.
416 DIEZ PICAZO y GULLÓN, 1984, p. 67.
417 RIPERT Y BOULANGER, sf, pp. 191 y ss.

causa, en el círculo contractual, de esta forma no sería tan fiel al interpretar el auténtico mensaje domatiano. Desde esta perspectiva, siguiendo a estos autores, Capitant afirma: "En la serie de motivos que provocan la actividad de un contratante, un número determinado de ellos se exteriorizan por una parte y se comparten por la otra; siendo fines subjetivos, se objetivan por el *consens* de ambas partes contratantes y pertenecen tácitamente a la declaración de voluntad, aunque no se hagan constar de un modo expreso y especial. Hay una compenetración de fines entre las partes, que en cada caso concreto forma una especial relación relativa y particular entre ellas."

Capitant no acepta la validez de todos los móviles porque no acepta la integración de los mismos con la causa, que los reputa en exceso individuales y variables, y de los que sólo uno precede exactamente al acto volitivo de ambas partes y deviene común a las mismas que lo integran en el seno de la operación negocial: la causa viene a ser el motivo determinante integrado en el contrato.[418]

Al respecto de los motivos determinantes Capitant sostiene:[419] "Las partes que contratan, pueden introducir en el círculo de su acuerdo tal o cual consideración que se vuelve un elemento constitutivo del mismo... y, cuando así sucede es necesario hacer entrar a este elemento nuevo en la apreciación de la operación jurídica... Otra cosa es el motivo, otra cosa la finalidad perseguida. El motivo es anterior al acuerdo de voluntades, queda en el fuero interior... Por el contrario, la finalidad perseguida está en el porvenir; el contrato está hecho para llegar allí.

Parece que lo que pretende decir Capitant es que un motivo cualquiera que se objetiviza ya no es simple motivo sino causa final. Basándose en este párrafo en el cual postula una diferenciación entre

418 CARBONNIER, sf, p. 252.

419 RIPERT y BOULANGER, sf, p. 191.

motivo, que se presenta en un plano anterior al contrato, y el fin -que sería el motivo conocido asumido como elemento constituyente de la estructura del contrato-, podemos predicar que, pese al esfuerzo de Capitant en separar estas dos figuras, no logra definir muy bien una línea fronteriza clara y demarcatoria, por lo que la distinción entre causa y motivo no aparece del todo exacta. La consideración de una finalidad concreta perseguida no es otra cosa más que un motivo, aunque se lo llame causa final y, por definición, todo motivo es anterior al acto de voluntad: Es una representación actual de las consecuencias futuras del contrato, aun si mi voluntad se refiere a un hecho pasado (*causa praeterita*), toda razón de querer necesariamente mira al porvenir.

Capitant tiene una visión singular con respecto a las operaciones negociales *sub análisis*, admitiendo la inherencia de ciertos elementos contingentes, subjetivos, variables de contratante en contratante y aún dentro de un mismo tipo de contrato: en este aspecto se separa del causalismo clásico (en su acepción objetiva o legal), para arribar a una "concepción *convencional*" de la causa, distinguiéndose del mero motivo (causa impulsiva) en que éste queda en el fuero interno del sujeto, mientras que la finalidad se extrinsecaría, se haría patente como fin individual perseguido por aquel concreto contratante que ha prometido algo fundado en ella, por el análisis de las singulares cláusulas del contrato y de las circunstancias concomitantes a su celebración. Es como un motivo reconocible, elevado a la categoría de elemento estructural de un contrato por la fuerza creadora de la voluntad común de los contratantes.

Capitant sostiene la validez de los motivos en la estructura del negocio en particular, siempre y cuando sea conocido y se desprenda de la voluntad real participando del *consens* de ambas partes contratantes. De esta manera, el motivo participa de la estructura del negocio cuando es común, o sea, conocido por la otra parte.

"Como ha podido comprobarse, -escribe Capitant[420]- la distinción tradicional entre la causa y el motivo conserva toda su fuerza cuando se trata de un contrato a título oneroso. Seguimos fieles hasta aquí a las ideas de los autores *causalistas.* El carácter lícito de la causa debe, en nuestra opinión, ser considerado por los Tribunales como un elemento esencial del contrato. Pero no tienen para qué atender al motivo, variable y subjetivo, que ha podido existir en el cerebro del contratante. La obligación del vendedor es válida desde el momento en que tiene por resultado hacer que se le pague un precio (causa). Poco importa que quiera hacer de ese precio un uso más o menos lícito o moral (motivo).

Sin embargo, en adelante vamos a encontrar en la jurisprudencia una cierta tendencia a destruir esta distinción y a confundir la causa y el motivo, haciendo de éste un elemento esencial del contrato.

Ocurrirá esto, en efecto, cuando el motivo que de hecho ha determinado a una parte *era conocido de la otra.* Se puede decir que entonces la realización del deseo sentido por este contratante ha sido *querida*, *prometida* en el contrato. Y entonces una de dos:

O bien el motivo así considerado expresa o tácitamente en el acuerdo de los contratantes es *moral* y *lícito*, por ejemplo, compro un terreno especificando que quiero construir en él un edificio que exige un cierto mínimum de superficie. O también compro mercancías para venderlas en una feria que debe celebrarse en un día dado. Si el terreno no tiene la extensión apetecida, si las mercancías no son entregadas a tiempo, el juez deberá evidentemente tener en cuenta el motivo que me ha impulsado a comprar si impugno el contrato ante él. Creemos que en este caso el comprador deberá pedir no la nulidad por falta de causa, sino la resolución por incumplimiento

420 COLIN y CAPITANT, 1941, p. 661.

de la promesa suscrita con él; se le había prometido, no un tercero (sic), no tales o cuales mercancías, sino un terreno apto para la construcción del edifico proyectado, mercancías para entregar en tiempo oportuno. La obligación del vendedor no ha sido cumplida, cabe aplicar el art. 1184.

O bien, por el contrario, el motivo conocido por ambas partes es *inmoral o ilícito.* En este caso el contrato no podrá ser cumplido. En este punto encontramos númerosas sentencias, frecuentemente criticadas por la doctrina, sentencias que declaran la nulidad deduciéndola de la idea de *causa ilícita*, cuando en realidad es el *motivo* el que es contrario a las leyes o las buenas costumbres."[421]

De esta forma, Capitant entiende claramente que el motivo puede ser causa, como lo entiende la jurisprudencia, pero con la condición de que sea común, es decir, que sea conocido por la otra parte. Esto que ocurre en los contratos onerosos, también pasa en los gratuitos en los que, como vimos anteriormente *el animus donandi concreto* reposa en el *móvil determinante*, confundiéndose ambas estructuras.

Pero Capitant no se detiene allí, expresa que si ese motivo conocido de los contratos onerosos es moral y lícito, no hay ningún problema, ya que se puede atacar el incumplimiento no a través de la nulidad por falta de causa, sino a través de la figura de la resolución del contrato por inejecución o incumplimiento de la promesa suscrita con él. No se olvide, además, que cuando analizamos el sinalagma funcional de Capitant dijimos que éste se confundía con la teoría de la resolución. De la misma suerte, ahora que vemos el motivo objetivizado y conocido, hace trastabillar un contrato -cuando

421 COLIN y CAPITANT, 1941, pp. 661 y ss.

existen irregularidades- no desde la cantera de la nulidad sino de la resolución. ¿Qué significa esto? Veámoslo.

Cuanto Capitant afirma que se debe aplicar la resolución y no la nulidad, está aceptando que este móvil que la jurisprudencia asume como causa, no es parte integrante del negocio, es decir, no es un elemento esencial -de donde descendería la nulidad- sino que es un elemento accidental, advenedizo, que puede o no participar, y si participa, se puede atacar este contrato a través de la resolución por inejecución de la promesa convenida, figura que no ataca la validez del contrato ni a sus elementos integrantes, sino que afecta a la efectividad, a la ejecución del contrato o la eficacia del mismo.

Vemos, por otra parte, cómo su concepción se entreteje y se va formando. De esta manera, Capitant también refiere que si ese motivo común es *inmoral* o *ilícito*, aquí sí se aplicaría la nulidad, pero no entendiendo el motivo como *causa*, sino como un motivo contrario a las leyes y las buenas costumbres. Con esto Capitant está manifestando que, este motivo que pertenece al consentimiento y que no puede desligarse de él, cuando entra en contacto con alguna circunstancia contraria a la ley o al orden público, hace que el contrato sea nulo, no por la causa ilícita sino por el motivo contrario a esos parámetros sociales. Esto es obvio, el motivo común, que pertenece al consentimiento, cuando choca contra el orden público anula el contrato, ¿y cuál es el fundamento de la nulidad? No lo será, por cierto, la causa ilícita -como el mismo Capitant afirma- sino el consentimiento en colisión al orden público, que sí es un elemento del contrato y de la estructura esencial del negocio.

De esta forma, Capitant está diciéndole al mundo que el móvil conocido y causalizado que emplea la jurisprudencia, puede afectar al contrato a modo de elemento accidental -vía resolución del contrato lícito por incumplimiento de obligaciones- o a modo

de elemento esencial, si se lo introduce en el consentimiento -vía nulidad de contrato ilícito por contravenir la voluntad a las leyes y las buenas costumbres-. Nada más que esto. En otras palabras, el móvil causalizado -distinto del simple motivo *in mente retentum*- es un elemento accidental y no esencial del contrato.

7.7. Corolario

Ahora es el momento de unir cabos sueltos y entender en conjunto cuál es la teoría de Capitant *in totum*, ya que hasta ahora hemos venido viéndola en fragmentos.

Del mismo ángulo de análisis de la postura de Capitant sobre el causalismo clásico, éste considera: "El consentimiento y la causa pertenecen al mismo orden psicológico, pero la causa establece una relación entre la voluntad y un hecho exterior, extraño a ella, que el deudor tiene en perspectiva, y por esto no es puramente subjetiva, participa de un carácter objetivo... Además, la vida de la obligación, una vez nacida, queda subordinada a la realización del fin perseguido, porque si este fin no llega a realizarse, tampoco es admisible que la obligación mantenga su fuerza obligatoria.[422]

Como vemos, el fin que Capitant ve en el acto jurídico, es la consideración de la ejecución de la obligación de la contraparte (sinalagma funcional), que va unido al sinalagma genético al que lo llama huero de substancia y pueril si sólo va huérfano. Esta concepción pretende remozar el alicaído concepto de la causa clásica ya que introduce el elemento funcional a la perspectiva causídica; y, además, sostuvimos que su concepción es básicamente subjetiva, sin embargo, en el pasaje reseñado en este acápite, el mismo Capitant manifiesta que no es puramente subjetiva, sino que participa de un carácter *objetivo*. En realidad, si nos atenemos a la conceptuación subjetiva

422 PARODI, 1955.

del fin, veremos que éste queda engolfado en el consentimiento, sin embargo, el propio autor se encarga de curarse en salud y plantear un cariz objetivo cuando piensa que el fin conecta la voluntad con el hecho exterior. De este modo su concepción se va redondeando cuando tenemos un aspecto de la causa, un cariz objetivo, entonces tenemos ya una parte del acertijo, un elemento del rompecabezas, una clave para desentrañar su teoría en total.

La otra pieza del rompecabezas debe hallarse en la concepción psicológica que hace que el móvil se convierta en causa cuando es común a las partes, a modo de elemento accidental, como ya lo vimos anteriormente. Pero no se piense que este móvil objetivizado es el mismo que el móvil común, todo lo contrario, Capitant diría: "El motivo es la razón contingente, subjetiva, y por ello mismo variable en cada individuo, que determina a una persona a la conclusión de un contrato... Existe, pues, una indiscutible relación de causa a efecto entre el motivo y la obligación. Y, sin embargo, sabido es que el error en el motivo no anula la obligación. El derecho no lo tiene en cuenta...

La razón de ello estriba en que el contrato es esencialmente un acuerdo de voluntades; siendo dicho acuerdo el que delimita su contenido. Todas aquellas cosas sobre las que los interesados llegaron a una coincidencia, es decir, aquello sobre lo que se pusieron de acuerdo, se convierte en elemento constitutivo del contrato... Ahora bien, el motivo psicológico determinante de las voluntades, no forma parte del acuerdo. En efecto, mientras el acreedor conoce siempre, o casi siempre, la *causa* de la obligación de su deudor, por resultar ésta, en principio, de la naturaleza misma del contrato celebrado, con frecuencia ignora el *motivo* por el cual éste quiso obligarse, toda vez que ese elemento le es indiferente en cuanto acreedor, y que el deudor tiene también interés, en muchos casos, en no revelarlo, por miedo a que su conocimiento influya en las condiciones generales del contrato. El motivo, a diferencia del fin, no forma parte del acto

volitivo del deudor. Nada tiene de jurídico, es anterior al acuerdo de voluntades. Importa, pues, bien poco que sea verdadero o falso, lícito o ilícito, ya que siempre quedará válidamente obligado el deudor. Poco importa también para el caso que el acreedor lo conociese, puesto que ello constituye una razón suficiente para integrarlo en el contrato. Distinta sería la situación si las partes hubiesen hecho de él un elemento del mismo; es decir, si hubiese sido para ellas la razón determinante de su acuerdo."[423]

En otras palabras, el simple motivo puede ser un elemento del contrato, sólo si las partes convienen en ello, es decir, si acuerdan que la validez de la operación dependerá de la realización del móvil conocido: es un móvil consensuado. Esto es bien importante afirmarlo y recalcarlo, Capitant menciona que el simple motivo es irrelevante jurídicamente, pero que pasa a tomar importancia en la estructura negocial cuando las partes hacen de él un elemento del contrato, es decir, no es que solamente se conozca el móvil del otro agente, sino que se haga de ese móvil un elemento de la operación, en otras palabras que se causalice el móvil.

La importancia del motivo es una herencia de la jurisprudencia, cuyo mensaje no es desechado por Capitant que comprende que el móvil causalizado puede formar parte del contrato a modo de elemento accidental, porque cuando queda *in mente retentum*, no será conocido y quedará irrelevante en el seno del contrato. Sin embargo, esta postura, según Dabín, no es nueva en Capitant, sino que este autor la bebió en el abrevadero de Bufnoir, de forma tal que en los contratos sinalagmáticos, el móvil causalizado aparece junto a la causa clásica (ya explicada anteriormente bajo la denominación de causa funcional): "En los contratos sinalagmáticos... las partes contratantes -refiere Capitant- pueden introducir en la esfera de lo

423 DABÍN, 1929 pp. XXI-XXII.

convenido, una consideración cualquiera, que se convierte entonces, por ese mero hecho, en elemento constitutivo ('adjunción' a la causa clásica de un 'fin común de orden económico"); y en las liberalidades, merced a una distinción entre las liberalidades 'puramente graciosas' y quellas en que el *animus donandi* sólo es un medio para lograr un fin, que es elemento esencial de la voluntad del disponente' ('adjunción' a la causa clásica, o propósito generoso de una 'causa impulsiva y determinante' que se convierte en verdadera causa de la liberalidad.)"[424] Y luego Capitant habla algo más acerca de esta "causa adjunta" que no es sino el móvil causalizado a modo de elemento accidental, en los contratos onerosos, expresando: "Tales son, a nuestro parecer, las consideraciones que explican y justifican la extensión del art. 1131 a estas hipótesis. Decimos que la justifican y, en efecto, las partes que contratan pueden introducir en su acuerdo cualquiera consideración que se convierte entonces en elemento constitutivo y especialmente están facultadas respecto al fin jurídico perseguido por alguna de ellas, o sea, a la causa, para añadir la consecución de un fin de orden económico. Y cuando esto ocurre, se hace preciso hacer entrar este nuevo elemento en la apreciación de esta operación jurídica."[425]

Entonces ya tenemos la segunda llave del éxito para comprender la teoría de Capitant. Anteriormente dijimos que la causa clásica *remozada* era entendida tanto en su aspecto genético como en el funcional, y que esta concepción no era puramente subjetiva, sino que, cuando el fin unía la voluntad con el hecho exterior, participaba de un haz objetivo, con lo cual tendríamos en una mano el aspecto objetivo de la causa, mientras que el aspecto puramente subjetivo, psicológico y freudiano radicaría en el móvil causalizado o *adjunto*,

424 DABÍN, 1929, p. XXIV.

425 Dabin, 1929..

es decir, en el motivo común elevado a la categoría de elemento accidental del negocio.

En otros términos tenemos una sola noción de causa con dos aspectos, un matiz objetivo -constituido por la causa clásica remozada por el estado funcional- y otro estado subjetivo -conformado por el móvil causalizado a modo de elemento accidental del contrato-. Es decir, tenemos *una hidra de dos cabezas*, un mismo cuerpo con dos cabezas, una misma noción con dos caracteres, uno objetivo y otro subjetivo. El estado objetivo, como lo vimos, es huero de substancia, infantil, pueril, falso e inútil; mientras que el aspecto subjetivo, no es sino un elemento accidental del negocio -no es un elemento esencial- cuya importancia es relativa (en contratos lícitos, ante irregularidades, podemos echar mano de la resolución por incumplimiento de la promesa pactada; en contratos ilícitos, como el móvil es parte del consentimiento, y si éste contraviene el orden público y las buenas costumbres, utilizaremos la nulidad, pero no por causa ilícita, sino por la circunstancia reseñada). De modo tal que el móvil causalizado no goza de independencia o autonomía normativa o doctrinaria, viene incluido en la voluntad, y sólo aparece como elemento del contrato cuando las partes lo substancian, es decir, cuando hacen de él un elemento accidental de la operación.

De esta manera, ya con una situación objetiva o subjetiva, la causa de Capitant resulta adoleciendo de la misma falta de exactitud y sistematicidad que la concepción primigenia. Es un concepto super-erogatorio, superfluo y advenedizo.

7.8. Panorama Doctrinario

Taboada refiere que la concepción de Capitant no ha tenido feliz acogida en Francia debido, según este autor, "a la aceptación de la idea clásica de la radical separación entre causa y motivos. Sin embargo, en la doctrina española e incluso en algunos casos en la doctrina

italiana de corte objetivista, el neocausalismo integral[426] ha tenido bastante aceptación, contribuyendo a modificar sustancialmente el panorama doctrinario sobre la causa."[427] Sin embargo, esta teoría de raquítica acogida, ha sido seguida, según Taboada[428] por Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón, Manuel García Amigo, Manuel Albaladejo, José Castán Tobeñas, José Luis De Los Mozos Enrique La Laguna, La Cruz Berdejo, Jaime Santos Briz, María del Carmen Gete Alonso, José Puig Brutau, Aurelio Candián, Massimo Bianca, Aldo Checchini, Luigi Ferri, entre dos o tres nombres más.

Veamos, como muestra, un botón, en manos de la doctrina española. Por su parte Diez-Picazo y Gullón, manifiestan su creencia sobre la causa en el siguiente pasaje: "Las teorías sobre la causa siempre se han empeñado en distinguirla adecuadamente de los propósitos empíricos de las partes. La voluntad de éstas, se dice, se dirige hacia un fin abstracto (por ejemplo, adquirir el dominio de la cosa en la compraventa o en la permuta) hacia un fin socialmente útil (cambio de cosas por precio, cambio del uso o goce de una cosa por una merced, enriquecer al donatario, etc.) La razón o razones que hayan movido a esa voluntad fuera de la consecución de aquel fin son irrelevantes.

Sin embargo, lo cierto es que esta concepción abstracta y aséptica de la causa no es siempre la real. Cuando una persona compra, arrienda o toma en préstamo una cantidad, lo hace por algo. Cuando las partes celebran el negocio, afirma la jurisprudencia, para alcanzar fines ilícitos o socialmente reprobables, el negocio tiene una causa ilícita. Entonces, ¿por qué no predicar que también los fines lícitos son causas negociales? ¿Por qué el fin o móvil ilícito tan sólo?

426 Así lo denomina al neocausalismo sincrétito de Capitant.

427 TABOADA, 1996, p. 236.

428 TABOADA, 1996, p. 246.

Situándonos en el terreno de los propósitos empíricos de las partes es posible dar adecuada respuesta al tema de la causa y también comprender por qué hay causas ilícitas que anulan el negocio (art. 1275). Permaneciendo anclados en los fines abstractos, en cambio, se nos escapa la esencia del problema.

En tal sentido, la causa puede ser definida como el propósito de alcanzar un determinado resultado empírico con el negocio. Ahora bien, la dificultad radica en destacar cuál de los propósitos que se dan en el seno del querer interno de las partes va a poseer aquella cualidad."[429]

Después de la atenta lectura de este parágrafo escrito por estos autores españoles, vemos cómo concuerdan implícitamente con Capitant cuando manifiestan que la causa abstracta no siempre es real, vale decir, que la teoría clásica remozada es real pero no siempre ya que hay que dar cabida a los móviles empíricos, a los motivos exteriorizados y causalizados. Sin embargo, ellos intuyen el talón de Aquiles de la concepción *freudiana* al sospechar que será un poco difícil precisar cuál de todos los propósitos de las partes es el que debe ser asumido como causa; no lo dicen, pero tal laguna puede completarse con lo vertido por el propio Capitant que mencionaba que el móvil ha de ser no sólo conocido sino elevado a la condición de elemento del contrato, a modo de condición, carga, etc., o sea, como elemento accidental y no esencial del negocio.

Fuera de ello, ambos autores son partícipes de que la causa sincrética es un hidra de dos cabezas, sin embargo, Diez-Picazo parece arrepentirse de semejante desvarío y expresa luego en otro libro: "Ahora bien, algo diferente de la inmoralidad o de la ilicitud objetiva de un contrato es la inmoralidad o la ilicitud del propósito

429 DIEZ-PICAZO y GULLÓN, 1984, p. 69.

de las partes que trata de conseguirse a través de un negocio objetivamente moral y lícito. Al valorar este propósito práctico de las partes es necesario no olvidar que una motivación o un propósito sólo adquiere relevancia jurídica cuando, siendo común a ambas partes, *ambas lo han considerado como básico de su negocio.* Aquí hay que colocar, a mi juicio, la causa en los que hemos llamado 'negocios iniciales': en el propósito práctico o empírico que a través del negocio se trata de obtener o, si se quiere, en la representación mental por la que las partes se han dejado guiar al concluir su negocio. Esta es la única respuesta coherente al tema de la causa. Un negocio se concluye porque se quiere alcanzar un resultado empírico. La causa es, entonces, el propósito del resultado empírico.

Conviene puntualizar:

a) Que así entendida la causa es algo distinto de los motivos. El motivo o móvil es algo individual, subjetivo, interno. La causa, o es común en el negocio de dos o más partes, o aun siendo individual en el negocio de una sola parte ha sido dada a conocer a los destinatarios del negocio a fin de que sea aceptada por ellos con el negocio entero.
b) El propósito común del resultado empírico ha de ser elevado por ambas partes a la categoría del presupuesto básico de su negocio. Ambas partes se han guiado, al concluir el negocio, por el propósito de conseguir este resultado empírico.
c) Cuando no existe un propósito específico y definido, común a ambas partes, la causa del negocio se encuentra simplemente en el propósito de alcanzar la finalidad típica genérica del negocio, pero, en tal caso, la causa no es un elemento especial y distinto y se confunde con el

> consentimiento o con la voluntad negocial (sunt causa sui ipsius.)[430]

En este segundo pasaje Diez-Picazo niega lo que sostuvo en el anterior texto cuando mencionaba que la causa abstracta no siempre era real y que, a veces, podía integrarse con el móvil causalizado, existiendo la duda de saber cuál sería el móvil que podría hacer las veces de causa. Sin embargo, en este último texto menciona que la causa no es la de la concepción clásica típica sino solamente el motivo causalizado; y, para llenar la laguna y la duda sobre cuándo ese motivo adquiriría carta de ciudadanía en el tramado estructural negocial, responde que dicho propósito empírico debía ser común a ambas partes, y, además, ser elevado a la categoría de presupuesto del contrato, es decir, a la categoría de elemento accidental del mismo. Tan accidental es este elemento que, podía existir o no, ya que, según el mismo Diez-Picazo lo asevera, cuando no existiera como elemento, no interesa, ya que en ese caso entrará a funcionar la causa entendida como finalidad típica genérica del negocio, sin embargo, cree que esa finalidad típica con sabor a causa clásica objetiva, legalista y acartonada, no posee autonomía independiente, es decir, no sería un elemento esencial de la operación, sino que se confundiría con el consentimiento o con la voluntad, por lo cual no tendría razón de existir.

En conclusión, por una parte Diez-Picazo y Gullón dicen que la causa clásica es insuficiente y que, a veces, es completada por el móvil causalizado; mientras que Diez- Picazo reconoce solamente por causa el móvil exteriorizado y elevado a la categoría de presupuesto (elemento accidental del negocio), y que cuando el móvil no se causaliza, entra a tallar la causa clásica, la misma que se confunde con el consentimiento.

---

430 DIEZ-PICAZO, 1983, pp. 174-175.

De otra parte, debemos precisar algo más para culminar el análisis de la moribunda causa sincrética. Cuando Diez-Picazo menciona que si las partes no han causalizado el negocio, tendrá que dirigirse la mirilla a la causa clásica, y que ésta queda confundida con la voluntad, vemos que está asumiendo una lectura subjetiva de la causa clásica -cosa que también hace incorrectamente Capitant-, pero le resta importancia porque se da cuenta que tal interpretación no hace más que reproducir el consentimiento, es decir, que no quiere dividir la voluntad en dos elementos: la promesa de obligarse y el fin por el cual uno promete: por ello Diez-Picazo es hidalgo en reconocer la inutilidad de esta división, aceptando la falsedad de esta vivisección que no hace sino pintar de cuerpo entero la falencia y la inorganicidad de esta teoría sincrética que, con un solo soplo, se viene abajo.

8. EL SIMPLE MOTIVO Y EL MOTIVO CAUSALLZADO

Sabido es que los motivos son las razones subjetivas, particulares y mudables de negocio a negocio que impulsan a las partes a celebrarlo. La diferencia entre un simple motivo y la causa final, está en que aquél puede quedar en el plano eminentemente psicológico sin tener presencia expresa o tácita en los trebejos negociales, mientras que la causa entendida como finalidad, es un motivo que, como lo expresamos *ut antea*, se causaliza y adquiere por ende carta de naturalización en el espectro contractual.

Un aspecto interesante que hay que escudriñar, aunque ya se ha expresado la opinión de cada autor-fundador de su correspondiente escuela, es la atinente a tratar de determinar cuándo el simple móvil pasa a formar parte, según la teoría neocausalista, del contrato. Así, por ejemplo, podemos apreciar que los fines subjetivos, -para

Albaladejo[431]– varían de negocio a negocio: la consideración o representación del fin propuesto constituye un motivo que impulsa a la formación de la voluntad, resultando irrelevantes al derecho, a menos que se incorporen al negocio como carga (modo) o condición.

Cualquier motivo particular, dice Valencia Zea[432], puede elevarse a elemento integrante de la declaración de la voluntad: los motivos o condiciones forman parte de la declaración de voluntad, de modo que si no se obtiene el resultado perseguido, se mirará como no ejecutada la obligación de la otra parte, o como ejecutada imperfectamente.

Por otra parte, siguiendo a Barbero[433], existen dos condiciones básicas que caracterizan el motivo causalizado:

a) Que el motivo se haya exteriorizado aunque no haya al respecto declaración formal o expresa en el acto, es decir, que puede ser inferible o deducible.
b) Que sea el único motivo que haya determinado la realización del acto o negocio, vale decir que constituya el elemento central de la motivación.[434]

En todo caso, se presentan condiciones específicas de la presencia del motivo en el negocio de acuerdo a cada tipo negocial, de modo que, por ejemplo, en un acto testamentario el motivo ilícito debe resultar del testamento mismo, en cambio en un contrato, el motivo ilícito debe ser común a todas las partes.

---

431 ALBALADEJO, 1958. pp. 210 y ss.

432 VALENCIA ZEA. 1960. pp. 115 y ss.

433 Cfr. CIFUENTES, 1986, p. 190.

434 Por su parte Messineo piensa que los motivos son excepcionalmente relevantes: 1º En cuanto se manifiesten por el comportamiento de los contratantes. 2º En cuanto a ellos se hayan remitido los contratantes. 3º En cuanto sean base de la declaración de voluntad. (Cfr. MESSINEO, 1986, p. 121).

De igual forma, el tratadista Pescio se expresaba similarmente al respecto: "Es un error separar y aislar totalmente la causa de los llamados motivos psicológicos o impulsivos. Lo reconocen aun los causalistas más recalcitrantes, particularmente, cuando se trata de los motivos que han sido conocidos por ambas partes contratantes."[435]

Este autor considera, en la parte final de su cita, que el motivo se causaliza cuando ambas partes tuvieron conocimiento del mismo. En cambio otros piensan -aunque son autores de presencia minoritaria- que ese momento se da cuando el motivo aparece como condición expresa o tácita del negocio.[436]

De modo que debemos entender las motivaciones dentro de la órbita de las condiciones en su acepción más lata, en su sentido más vasto, representando hechos en el presente, pasado o futuro; condiciones que son inherentes al contrato, que necesariamente forman parte del mismo.

Desde los torreones del neocausalismo Bonnecase, como lo vimos anteriormente, creía que la causa era el móvil conocido, querido y previsto por las partes, que no forma parte integrante de la estructura técnica del negocio, pero que podía ingresar a modo de elemento accidental, cuyo análisis se presenta íntimamente vinculado al de la voluntad.

---

435 PESCIO, 1958 p. 145.

436 Para Toullier no es necesario hacer una condición expresa del motivo, basta que la otra parte *haya conocido* o *debido conocer* ese motivo y que ella haya debido considerarla como una condición de la promesa que ha aceptado. Entonces no nos encontramos sino frente a una condición tácita, vale decir, el hecho de que la otra parte conozca el motivo de la correspectiva, le induce a considerarlo como condición tácita; sin embargo, dicha congnoscibilidad o posibilidad de conocer el motivo no tiene relevancia en el contrato, a menos de que entre a funcionar dentro de la estructura del error en el motivo, institución asaz diferente.

Por su parte, Josserand consideraba que el móvil había de ser *ex pacto*, en los contratos onerosos, no requiriéndose lo mismo para los gratuitos, donde podía ignorar tal motivo el beneficiario, salvo algunos casos excepcionales prodigados por la matriz jurisprudencial.

Con Capitant vimos que el simple motivo podía cobrar relevancia en los trebejos contractuales sólo si era conocido por la otra parte, pero, además, si las mismas partes hacían de él un elemento accidental en el seno del negocio. Es muy importante establecer, si se asume la importancia del móvil como herencia de la jurisprudencia, en qué medida este elemento accidental puede ser útil en el tramado negocial. "Sería bastante útil (confiesa Dabín[437]) -como garantía contra las arbitrariedades del juez-, encontrar un *criterium* que permitiese proceder a la distinción entre *motivos indiferentes* y *motivos que deben tomarse en consideración.* ¿Cuándo *causa* el motivo el contrato y le concede su alcance exacto? ¿Es posible hallar este apetecido criterio? ¿No habrá que buscar la solución más bien en cada caso concreto? El problema -que hasta hoy no ha encontrado respuesta ni en la jurisprudencia, ni en la doctrina- permanece en pie: la teoría del motivo sigue por hacer."

Dabín, en este pasaje, pinta de cuerpo entero la problemática al respecto; menciona que existen ciertos riesgos que pueden ser provocados por la arbitrariedad del juez cuando éste vaya a precisar cuál fue el motivo determinante y concreto, de forma tal que reclama ciertos requisitos -el *criterium*- para que este motivo se causalice y cobre importancia en el plano estructural contractual, evitando arbitrariedades judiciales.

En busca de los requisitos queridos, Capitant, por su parte, expresó que el motivo debía ser no simplemente conocido por la otra

437 DABÍN, 1929, p. XXVII.

parte, sino que debía elevarse a la categoría de elemento accidental, es decir, a modo de condición. Esto obviamente resta importancia a la teoría de la causa entendida como motivo causalizado, pero no por coquetear con la falsa teoría de la causa vamos a hipotecar nuestra sindéresis desquiciando la propia naturaleza del móvil y, consecuentemente de la estructura del negocio.

La mayor parte de la doctrina concuerda en que el móvil no puede ser ignorado, o permanecer *in mente retentum*, porque sería sumamente incierto. Giorgi manifiesta: "Necesidades, menesteres, deseos, son los móviles de nuestras acciones y las causas verdaderas de los contratos. Pero las necesidades, los menesteres, los deseos, mientras obran en el interior del ánimo, quedan en un campo inaccesible para la justicia del mundo. Para que la ciencia del derecho pudiere ocuparse de los móviles secretos del ánimo, poniéndolos entre los requisitos de los contratos, no bastaría que los hombres tuvieran en el pecho la ventana de que habla Eurípides. Sería preciso que las más recónditas pasiones tomaran forma corpórea y sensible, como hizo la mitología, convirtiéndolos en ídolos y esculpiéndolos como simulación de fingidas divinidades.

Pedro, caballeroso y rico, conoce a un armero. Al visitarle una mañana, se encapricha de un elegante revólver, le contrata y le adquiere a crédito. ¿*Cur contraxit*? El demonio de los celos y de la venganza, se había apoderado de él. La tarde misma en acecho, le veremos espiar el momento en que el adúltero traspase el umbral violado, y de aquella arma, destinada a vengar el tálamo ofendido, partirá el golpe homicida. Francisco (otro ejemplo), comerciante favorito de la fortuna, toma durante una semada (sic), grandes partidas de grano. Corre a los Bancos, y firmando documentos a la orden, toma a préstamo grandes sumas para hacer frente a sus continuas adquisiciones. ¿*Cur contraxit*? Telegramas seguros le habían hecho creer próxima la guerra de Oriente, con su enorme

carestía de granos. Soñó, pues, fabulosas ganancias que le indujeron a comprar el grano, y a firmar documentos.

Pero, volviendo al primer ejemplo, la justicia inquisidora, acudiendo solicita a la voz del homicidio, se apodera del revólver; comprueba que Pedro le compró aquella mañana para la comisión del delito y evidencia que el *cur contraxit* fue una *causa ilícita.* La fortuna, volvamos al ejemplo segundo, voluble, incierta diosa, abandona a Francisco. Acontecimientos, imprevistos impiden la guerra y el precio de los granos baja. Ante la realidad de pérdidas considerables, desaparecen, como castillos en el aire, las ganancias soñadas por Francisco. El *cur contraxit* fue, pues, para él, una causa falsa.

¿Pero se podrá decir por esto, que los contratos de Pedro y Francisco sean nulos? ¿Creer que carecen de un elemento esencial para el contrato, por faltarles la causa *verdadera* y *lícita* que los Códigos modernos exigen como cuarto requisito necesario de los contratos? Indudablemente, no. La causa del contrato de que hablan los Códigos Napoleón e italiano, no puede consistir en el *cur contraxit.* ¿Dónde estaría la lógica del legislador si la estabilidad de los convenios tan deseada por él, dependiese del concurso y caracteres de un elemento que casi nunca tiene certidumbre extrínseca? ¿Dónde estaría la justicia de la ley si se subordinase la validez del vínculo contractual? ¿al disimulo del contratante, a las falaces apariencias de su intención secreta?"[438]

Se hace pues necesario, extrinsecar el móvil, objetivizarlo, sacarlo a la luz, de modo que resulte no sólo conocido sino también tolerado y aceptado por la otra parte, de tal suerte que quede elevado a la categoría de elemento del negocio, no elemento esencial sino accidental, a modo de condición. Con lo cual resulta enteramente

438 GIORGI, 1929, pp. 460-461.

incierta la teoría de la causa entendida como motivo causalizado, a menos que actúe en el tabladillo teatral del contrato a modo de condición, o carga o elemento accidental del mismo.

Para Lavalle Zago[439], por su parte, la causa final de la obligación es innecesaria, concluyendo lapidariamente en el sentido siguiente: "En verdad, considerar a la causa como elemento del contrato (o del acto jurídico), resulta ilícito, si, además, consideramos, como elementos la voluntad (capacidad) y el objeto. Asimismo, no existe el contrato, sino, propiamente, causa de la obligación. *Lo que hay es causa para obligarse*; y *ésta es el motivo, el cual es diverso según fueran los contratantes. Estos motivos no pueden constituir causa, porque son individuales. Ese motivo es irrelevante para el derecho*."

Naturalmente que dicho autor sostiene una opinión abiertamente en contra de la noción subjetiva de causa, expresa una crítica que pasa por la condena a la variabilidad de los motivos y, por ende postula su inestabilidad, a no ser que quede impregnado el móvil dentro del contrato a modo de elemento accidental.

Analicemos en seguida, lo tocante al móvil como elemento de la voluntad.

9. EL MÓVIL COMO ELEMENTO DE LA VOLUNTAD

Revisemos el discurso apologético circundante, en la persona de Ospina[440] quien pronuncia una enconada defensa del móvil como elemento de la voluntad, adverando lo siguiente: "Aun los actos de los dementes obedecen a un móvil que, no por erróneo y hasta absurdo, deja de ser el motor de la voluntad. Posiblemente en las más graves afecciones mentales, como el idiotismo y el cretinismo, la actividad

439 LAVALLE ZAGO, 1991, pp. 145 y ss.

440 OSPINA Y OSPINA, 1980, p. 294.

síquica se anula hasta el punto de que el paciente se convierte en un autómata y sus actos son el resultado de simples fuerzas somáticas", donde el acto estaría regulado, obviamente, por la incapacidad absoluta (nulidad absoluta).

Con este párrafo de Ospina, empezamos el debate respecto del móvil que será el motor de la voluntad, ya que todas las personas obran sobre la base de una finalidad, sobre la base de un motivo que constituye la causa final de su actuación (recordando a Aristóteles). Sería absurdo negar la existencia de la causa final del consentimiento, como sería absurdo negar también la presencia de los cuatro tipos de causa propuestos por El Estagirita: causa material: aquello de lo que se hace una cosa; causa formal: la forma o modelo que determina la esencia del objeto; causa eficiente: el agente que produce el cambio; y causa final: el fin por el que se hace la obra. Estas cuatro causas operan juntas, una en relación con la otra en una dirección cierta.

Sin embargo, una cosa es reconocer la existencia de la causa final, móvil, y otra distinta es arrancar de la voluntad este elemento para hacer de él un nuevo elemento dentro de la estructura del negocio, por lo cual resultaría falsa toda teoría que tienda a este extremo.

Ya Capitant observó que el motivo impulsivo y determinante no podía ser diferente a la voluntad, manifestando claramente:[441] "El fin es parte integrante de la manifestación de voluntad creadora de la obligación; es su elemento esencial... El acto de voluntad se compone de dos elementos: en primer término, *el consentimiento*, que es el hecho de prometer, de obligarse, y, en segundo término, *la consideración del fin* que se pretende alcanzar con la promesa. La obligación no es sino un medio para alcanzar un fin. No se puede, pues, separar estos dos elementos. Aislarlos y no tener en cuenta

441 Cfr. VALENCIA ZEA, 1960, p. 115.

sino la promesa de obligarse sin tener en cuenta el fin que explica la promesa, sería amputar arbitrariamente el acto de voluntad, deformarlo y, desconocer la intención de su autor." Este párrafo es la mejor comprobación de la soldadura móvil-voluntad. Si bien la pretendida causa en la forma del móvil determinante, no puede aparecer desprendida de la voluntad, tampoco cabe afirmar que ésta representa un elemento enteramente nuevo e independiente que llegue a maniobrar la validez y los consecuentes efectos del acto de voluntad bajo la forma de elemento esencial del negocio.

Veámoslo en palabras de Valencia Zea: "***La consideración del fin y el querer obtenerlo son parte constitutiva de la declaración de voluntad* y no un *elemento separado de ella***, y la concreta realización del fin, mediante el cumplimiento o pago constituye un segundo proceso jurídico, distinto del proceso contractual."[442] Con ello no queremos significar sino que la pretendida causa final nace de la voluntad, los avatares y azares que pudieran ocurrir están ligados a su interrelación con otras entidades contractuales que copan perfectamente los efectos invalidatorios pretendidos por su hipótesis: condición, objeto, error en el motivo, voluntad, etc.

El error del neocausalismo consistirá, entonces, en fraccionar en elementos dispersos y autónomos la declaración de voluntad; la voluntad es un querer, un perseguir un fin o resultado, infraccionable, inquebrantable, único, esencial, integral, unitario. Una voluntad en ningún caso se la puede contemplar desprendida de un fin o querer.

Y para tener más convicción en lo que afirmamos, Ihering[443], con respecto al querer humano y al proceso de voluntad manifiesta que no es la causa sino el fin lo que constituye el motivo determinante del *querer*... La voluntad tendría dos esferas, una interna y otra externa

442 VALENCIA ZEA, 1960, p. 116.

443 VON IHERING, sf, pp. 11-17.

con su proceso peculiar y particular. La esfera interna tiene su punto inicial en un acto de la facultad de concebir. Una imagen surge en el alma, la concepción de un estado futuro se dibuja, prometiendo al individuo una satisfacción mayor que en el estado presente. La razón que hace nacer esta imagen, que origina esta concepción, reside, en parte, en el sujeto mismo, en su individualidad, su carácter, sus principios, su concepto de la vida. De modo que en cada acción, queremos no la acción misma, sino solamente su consecuencia para nosotros. Obrar y obrar con un fin son términos equivalentes.

Luego de este proceso de la voluntad en la esfera interna, vendría el proceso de la voluntad pero en su esfera externa. El trabajo interno del acto concluye con la resolución; la voluntad ya no delibera más, la irresolución ha desaparecido, y al estado aquel sigue la ejecución de la decisión tomada, el hecho.

Esta misma secuencia del proceso volitivo en dos esferas, una interna y otra externa, aparece explicada por Aguiar en un círculo que va desde la concepción hasta la ejecución, pasando por la representación, deliberación y decisión, como veremos seguidamente. Veámoslo por separado:

a) La Concepción

En el acto de voluntad -afirma Aguiar[444]- se tiene previamente el concepto, se lo entiende y en seguida se produce su representación individualizada y concreta. Nadie dice "me represento y concibo tal acto, sino inversamente, concibo y me represento al acto."

La concepción viene a ser, entonces, la función del espíritu que permite pensar separadamente un objeto cualquiera desprendiéndolo de todo otro, dándole así una individualidad y una entidad intelectuales. Permite formar conceptos, ideas, no solamente

444 AGUIAR, 1950, pp. 30-36.

de objetos reales o imaginarios, sino aun de "puras entidades de razón" (al decir de William James), presentes en nuestra mente en el momento de la concepción.

b) Representación

Concebido un acto, estímulos internos o externos producen su representación, fenómeno de conciencia que corresponde al de *presencia*, propio del objeto para la formación del conocimiento en el sujeto, cuya conciencia se siente modificada y conoce el objeto que la modifica.

Concepción y representación son, a veces, fenómenos simultáneos, pero generalmente se presentan en el espíritu el uno después del otro: concebir un acto no implica su representación inmediata y precisa.

En la concepción el acto se presenta conceptualmente, como resultado de una abstracción o de una generalización, más o menos vagas e imprecisas y tras un esfuerzo, voluntario o automático, aparece en nuestra conciencia, como en un espejo, la imagen del acto concebido, o sea, su representación.

En el acto, el elemento representativo o de conocimiento y el elemento afectivo o emocional son indivisos e inseparables, y el primero -*lumen vitae*- es el que normalmente lo dirige, aunque sin prescindencia del segundo, el cual, sin embargo, en ciertos casos, aparece preponderante o ensombreciendo al primero y así, de lo emocional, a veces, surge y brota la representación, la que, a su vez, provoca las emociones, ya que la vida afectiva y la vida intelectual se compenetran mutuamente de la manera más íntima: estrecha relación entre sensibilidad e inteligencia y la influencia del sentimiento sobre las representaciones.

Al producirse la representación, le acompaña un deseo, una tendencia a realizarlo. Cuando ese deseo y esa tendencia adquieren vigor bastante para persistir y arraigar en la intimidad de nuestro yo, se produce respecto del acto concebido, representado y deseado, un estado de conciencia que toma una posición definida en el tiempo.

c) Deliberación

Consiste en una etapa que entraña deseos y temores que se suceden unos a otros todo el tiempo que reside en nuestro poder el ejecutar o no el acto.

Existen para ello dos condiciones: que el acto sea futuro y que exista la esperanza de realizarlo o la posibilidad de no ejecutarlo.

Concebido, representado y deseado un acto factible, por la deliberación pesamos y contrapesamos el objeto determinante, balanceamos los móviles que nos impulsan a obrar en una u otra dirección, ponderamos y medimos, dialogamos con nosotros mismos, consideraciones en pro y en contra. "Para que la deliberación desempeñe su verdadero papel, -explica Aguiar[445]- preparatorio del acto de voluntad, es necesario que el hombre no se encuentre dominado por el flujo y reflujo de las pasiones, ni aún de las emociones, sino que, señor de sus pasiones o de sus emociones, posea la suficiente sangre fría para reflexionar sobre ellas, para compararlas... que pueda hasta cierto punto poseerse y dominarse; porque de otra manera el acto resuelto no será obra de su vida intelectual, sino de su vida emocional o afectiva."

d) Decisión

Por la deliberación elegimos para decidirnos. La elección puede recaer entre el hacer y el no hacer: la resolución se pronuncia entre

445 AGUIAR, 1950, p. 34.

los términos realizables de una alternativa; consiste en el *yo quiero* (afirmación de uno de sus dos polos, es el *fiat* de la voluntad). Es una preferencia afirmada después de una comparación, más o menos larga de los motivos.

e) Ejecución

El estado de excitación, de duda, de incertidumbre en que nos encontrábamos durante la deliberación, cesa con la determinación, de la que es lógica consecuencia la ejecución.

Pero no siempre la voluntad logra conquistar lo que se quiere. A veces choca con hechos naturales (caso fortuito) o con el Derecho (producto cultural del hombre), que le impiden la consecución de sus deseos.[446]

A este respecto, Parodi propone dos ejemplos que ilustran mejor, en la práctica, el proceso volitivo:[447] "Pongamos un ejemplo: Tengo una necesidad a satisfacer con dinero (concepción); compro una mercadería para lucrar con el aumento de su valor (representación), pero temo que el valor no aumente, sino disminuya y pierda en lugar de ganar, aunque no creo que baje el precio en las condiciones actuales (deliberación); me decido a comprar (determinación); compro finalmente (ejecución). Puede, sin embargo, haber sucedido que me vendieran una mercadería que estuviera fuera de comercio (defecto en cuanto al objeto), o que me vendiera un quebrado interdicto (defecto en cuanto a la persona), sin yo saberlo. La ejecución no sería posible, porque el Derecho me la impide en virtud de que el legislador, al valorar en el proceso de creación de las normas, ha resuelto el asunto así.

446 AGUIAR, 1950.

447 Cfr. MARTY, 1952,1952, p. 889.

Pongamos otro ejemplo: Tengo una necesidad a satisfacer con dinero (concepción); compro un inmueble para explotar la prostitución, lo cual me dará dinero fácilmente y en abundancia (representación); pero, ¿me podrán invalidar la compra por el destino del inmueble? No creo, yo formalizo un contrato de compra amparado por el Código civil, los derechos individuales y la libertad de contratar me amparan (deliberación); compro (ejecución). Todo está perfecto. No obstante, la *ejecución total*, como en los casos anteriores, se hace imposible. El defecto está en los 'efectos' del acto. Los efectos mediatos: lucro derivado del comercio de la casa de tolerancia, son contrarios al Derecho, por cuanto el legislador, en este momento, ha valorado de esta manera. La jurisprudencia francesa anula el acto por móvil ilícito, ya que no podría anularse por el fin de contratante, que era, la obtención del bien inmueble. O sea, la causa está en el campo de la voluntad jurídica. El concepto de causa no juega en las obligaciones derivadas *ex lege*. Por tal motivo, no es exclusiva de los contratos, sino de todos los actos jurídicos. Además, los resultados del acto están en el futuro. Al ser previstos por la representación y convertidos por la determinación o móvil determinante en nuestro querer, son, es verdad, causa del fenómeno exterior llamado ejecución. Sin embargo, ello no autoriza a afirmar que sean la causa de la obligación. La causa de la obligación es nuestra voluntad en el sentido de fuente de origen (contrato, cuasi contrato, delito), así como es causa o fuente de origen la ley. La obligación solamente es el *vínculo obligatorio creado por la voluntad, por el cual el acreedor tiene como garantía el patrimonio entero del deudor*."

De esta manera tan clara, queda perfectamente entendido que el móvil no será jamás la causa de la obligación o del contrato, ya que, al ser un elemento de la voluntad, sería la causa de la ejecución del acto volitivo, móvil que se encuentra en la esfera interna del sujeto, con lo

cual la causa de la obligación sería la voluntad, ya que los motivos son el núcleo de la voluntad.[448]

Ahora bien, como lo sostuvo anteriormente Aguiar, no todo lo que se desea se consigue, debido a las restricciones naturales y las impuestas por el Derecho, el que asumirá el proceso de valoración de una manera clara y concreta para identificar si esa voluntad colisiona o no con el orden público y las buenas costumbres. "El legislador -asevera Parodi (1955, p. 888) - al resolver los conflictos de conducta haciendo prevalecer un interés sobre otro, efectúa una *valoración* de tales conductas.

No se trata de un valor aislado, sino, como dice Cossio, de un plexo valorativo, compuesto principalmente por la siguiente serie de valores:

1º Justicia.
2º Solidaridad.
3º Paz.
4º Poder.
5º Seguridad.
6º Orden.

Lógicamente, esta clase de valoración solamente puede jugar en las relaciones jurídicas, es decir, relaciones de conductas bilaterales. Basta leer la lista para darse cuenta de ello. Fuera de ese marco no tendrían razón de ser."

Sin embargo, no se piense que sólo el legislador es el llamado a efectuar el proceso de valoración en concomitancia con el espectro societal, sino también los jueces están obligados, por su natural función, a ejercer el control del orden público y las buenas costumbres

448 CORNEJO Y ROSADO, 1996, p. 41.

a través de este proceso de valoración que pone en concordancia la voluntad contractual con el sistema *axiológico*.

Entonces podemos concluir, con Parodi, que la voluntad es anterior al Derecho y que el móvil determinante o finalidad que se lleva al contratar, es sólo un paso en el proceso volitivo.[449] Por lo que el acto será lícito cuando ninguno de sus elementos sea contrario a los valores protegidos con las normas jurídicas relativas al orden público, la moral y buenas costumbres. Por ende, la teoría de la causa final no tiene razón de ser.

La única posibilidad de tomar en cuenta este móvil como ingrediente de la voluntad dentro de la estructura del negocio jurídico, es asumirlo dentro de la voluntad o a manera de elemento accidental del negocio[450], situación harto diferente a la de hacer de él un elemento esencial definidor de la validez del acto jurídico.

Estudiemos ahora lo relacionado con la teoría propuesta por el neocausalismo hipersincrético, *grosso modo*.

10. NEOCAUSALLSMO HIPERSINCRÉTICO

Pese a que no tuvo, en Francia, muy buena acogida doctrinaria el neocauslismo sincrético de Capitant, se recogió su impronta como base para la confección de esta nueva concepción. Como se recordará, el neocausalismo sincrético postulaba la existencia de una sola noción

449 PARODI1955, p. 889.

450 En el sistema de Roca Sastre (Cfr. BUERES, 1995, pp. 304 y ss) se incluyen tres porqués en una compraventa: A). - Por qué emito mi voluntad, por qué quiero vender, éste es un fin orgánico, que no vale como causa, puesto que queda retenido en la voluntad. B). - Por qué quiero vender, para obtener el precio, causa objetiva, finalidad inmediata o abstracta. C). - Por qué quiero obtener el precio, para donar1o, para realizar una inversión, etc., causa motivo que muchas veces cuando es signiflcante, tiene jerarquía causal. Entonces, la tercera causa no es más que el móvil individual que algunas veces adquiere relevancia en la categoría negocial de acuerdo a las circunstancias particulares, a modo de elemento accidental.

de causa, integrada por dos aspectos: uno objetivo y otro subjetivo: el objetivo hacía alusión a la concepción clásica de la causa aumentada, remozada y mejorada -aunque en rigor de verdad, su lectura de esta propuesta fue subjetiva- y por otra parte, el aspecto netamente subjetivo y psicológico, radica en los motivos comunes exteriorizados e incluidos en el tejido contractual (a modo de elemento accidental, por cierto). Es decir, consiste en una representación jurídica a manera de una *hidra con dos cabezas*, una objetiva (causa clásica retocada que sigue siendo falsa e inútil), y otra cabeza consistente en el motivo externado, que jugará un rol importante cuando asume su papel de elemento accidental del negocio, muy ungido al análisis de la voluntad, de la cual es un ingrediente.

Lo que queda por rescatar para el postulado de esta nueva teoría hipersincrética, es el mecanismo que propuso unir en un solo cuerpo dos aspectos: uno subjetivo y otro objetivo (artilugio que fue utilizado en forma distinta por Josserand en su neocausalismo bilateral, en el cual juntó *uno al lado del otro*, los dos planteamientos, a modo de *siamés* jurídico, que tuvo trascendencia por el respeto doctrinal a la causa legal del Code Napoleón).

Ahora bien, dentro del neocausalismo hipersincrético se sigue el camino trazado por el neocausalismo sincrético, en el sentido de unir en un solo cuerpo dos cabezas, una objetiva y otra subjetiva: el aspecto objetivo no estará -como lo propuso Capitant- en la causa clásica, sino en las teorías objetivas italianas de la causa entendida como función social o jurídicamente relevante (teoría que veremos más adelante), y el aspecto subjetivo que incluye los motivos exteriorizados comunes (que participan, como sabemos, a manera de elemento accidental, cuyo análisis viene dado por el estudio de la voluntad.)

"En la modema doctrina de la causa -explica Taboada[451]- el aspecto subjetivo de la misma se construye en los mismos términos del causalismo integral[452], haciendo referencia a los motivos incorporados a la causa. En efecto, la opinión mayoritaria actualmente señala que el aspecto subjetivo de la causa está conformado por los motivos concretos, comunes y determinantes de la celebración del contrato o del negocio jurídico. En otros términos, ya no se plantea la radical distinción entre causa y motivos, sino que se entiende que los motivos pueden integrar la causa del contrato o del negocio jurídico, dejando de ser por ello simples motivos, intrascendentes jurídicamente.

En la moderna doctrina de la causa, por el contrario, el aspecto objetivo se construye mayoritariamente haciendo referencia a la noción objetiva de causa de la doctrina italiana, o bien sea como la función económica y social del negocio jurídico. En efecto, el aspecto objetivo no se concibe, mayoritariamente, en los términos del motivo abstracto de la tesis clásica, debido fundamentalmente a que existe casi unanimidad en la doctrina causalista moderna sobre la falsedad e inutilidad de la teoría clásica. Esto se explica también, porque existe el convencimiento de la mayor parte de juristas, de que la causa es un elemento que se debe encontrar dentro del propio negocio jurídico, pues la razón justificadora de la eficacia jurídica del mismo no se encuentra en el consentimiento o en las declaraciones de voluntad."[453]

Desde luego, una vez descartada la noción clásica de causa, ya sea en sus versiones subjetiva u objetiva, lo que quedará entonces a los juristas clásicos es tratar de buscar un reemplazo coherente y más sólido, el mismo que fue encontrado -siguiendo a la doctrina

451 TABOADA, 1996, p. 250.

452 Léase *neocausalismo sincrético*, a efectos de conservar la coherencia de esta obra.

453 TABOADA, 1996, p. 250.

italiana- en las posturas objetivas de la causa entendida como el, fin jurídico o socialmente relevante, pero para ello se requiere cambiar de concepción con respecto al acto jurídico, puesto que los italianos no creen que la voluntad sea la partera de la validez obligacional, sino la ley a través de la férula de esta causa objetiva. De modo que los causalistas que siguen la postura neocausal hipersincrética, rechazan el causalismo clásico y arrancan de la doctrina italiana la concepción objetiva de la causa función socioeconómica, para amalgamarla con la noción subjetiva del motivo impulsivo y determinante.

Particularmente rechazamos la teoría subjetiva de la causa que la entiende en un motivo impulsivo y determinante, por las razones expuestas a lo largo de este estudio, y, en cuanto a la teoría objetiva italiana de la causa función, reservamos nuestra crítica para el momento ulterior en que analicemos este nuevo intento desesperado de salvar la moribunda causa, aunque adelantamos que este nuevo salvavidas teórico también correrá la suerte de las anteriores nociones. Es que hay que entender de una vez por todas que cuando una concepción es falsa desde sus inicios, como lo fue la doctrina clásica (hoy vista como falsa e inútil por propios y extraños), resultará inútil también tratar de reemplazarla por otras concepciones, so pena de reproducir lugares comunes de la mayor vulgaridad, robándole la frase a Engels.

11. CONCLUSIONES

1. La herencia de la jurisprudencia consiste en la construcción de una noción subjetiva de causa, emparentada con el fin determinante de la intención común de los agentes contractuales en el tramado negocial; sin embargo, los tribunales controlaron el orden público y las buenas costumbres -que es su natural función y a la cual están llamados-, sustentándose en los artículos 1131 y 1133, como lo podrían haber hecho basándose

en los principios generales del Derecho, por lo cual el motivo causalizado en nada contribuye a la solución de los conflictos.

2. En la segunda fase jurisprudencial estudiada, algunas veces se llega al mismo resultado -aplicando la causa móvil- que al que se llegaría de arrimar el análisis de la situación mediante otros instrumentos que también resguardan el orden jurídico. A su vez, otras veces los casos de causa falsa pueden resolverse a través de la figura del error en el motivo, y en otras situaciones simplemente el móvil causalizado común elevado a la categoría de elemento accidental del acto, viene a desempeñar la función de una condición o modo, harto reemplazable, con lo cual no constituye un elemento esencial de la estructura del negocio sino un simple componente de la voluntad que tiene relevancia en el estudio del consentimiento.
3. A partir de la teoría de los neocausalistas, se comienza a hablar de causa de los actos jurídicos, y no sólo de causa de la obligación como elemento esencial del contrato al modo en que la teoría clásica lo hacía, sin embargo, existen matices particulares de cada autor, con respecto a sus lucubraciones, que es menester desbrozar.
4. Para Bonnecase la teoría clásica de la causa es inoperante, contradictoria, hiperabstracta, artificial y caprichosa. Menciona que en los contratos sinalagmáticos la causa se confunde con el objeto; en los unilaterales, es contradictoria y en las liberalidades, se evidencia con claridad su inoperancia.
5. Bonnecase cree que los artículos referentes a la causa del Code Napoleón no se refieren a la causa clásica sino a la noción de causa subjetiva formulada por la jurisprudencia. De esta forma la causa será el móvil concreto, común, exteriorizado, querido y previsto por los autores, variable de contrato en contrato, que no forma parte integrante *esencial* de la estructura del negocio

y que constituye un elemento *accidental* del mismo, anejo a la voluntad. De forma tal que, en muchas ocasiones, baste con el solo análisis de la voluntad en confrontación con el orden público y las buenas costumbres -para efectuar el contralor moral y social al que los tribunales están llamados a realizar-, para desplazar toda alusión a la causa entendida como móvil-fin, de lo contrario no se haría sino duplicar el consentimiento en dos integrantes abstractos: voluntad y motivo causalizado, siendo por ende super-erogatorio hacer de una misma figura dos componentes distintos de la estructura esencial del negocio.

6. La teoría de Josserand del neocausalismo bilateral, constituye un *siamés* jurídico, vale decir existen dos cuerpos: uno que constituye la causa clásica (causa de la obligación) en su versión subjetiva (falsa e inútil, por cierto), y el otro correspondiente al móvil impulsivo y determinante (causa del contrato), que debe ser *ex pacto* en los contratos onerosos y que podía ser ignorado por el beneficiario, en un contrato gratuito; figura harto sustituible por el análisis de la voluntad (el móvil radica dentro de la voluntad) o del estudio del elemento accidental del móvil (ya que no puede ser elemento esencial de la estructura del negocio).

7. Capitant habla de la causa de los actos jurídicos y de los contratos. Tiene una lectura *subjetiva* de la causa clásica (*consideración del fin*), añadiendo a su estancia inicial (sinalagma genético) un momento ejecutivo (sinalagma funcional) que es querido por las partes. Esta teoría se confunde con la de la resolución de los contratos, resultando ser tan huera de substancia y pueril como la concepción primigenia de Domat. En los contratos reales, la causa consiste en la *entrega efectiva de la res* (causa funcional), confundiéndose con la causa genética del contrato. En los contratos gratuitos, la causa se confunde con el motivo

conocido, sin embargo, éste, en realidad, forma parte del consentimiento, que no es divisible.

8. Capitant cree que el móvil común puede ser causalizado cuando es común, es decir, conocido por la otra parte. De esta suerte, ante anomalías tendremos dos soluciones: cuando el contrato es lícito y se incumpla el móvil causalizado se recurre en vía de resolución del contrato por incumplimiento de la promesa causalizada; mientras que si es un contrato ilícito, se recurre en vía de nulidad, no por causa ilícita, sino porque el motivo, parte del consentimiento, colisiona contra el orden público y *las* buenas costumbres. De esta forma, el móvil causalizado es un elemento accidental del contrato, y no esencial. Y en el caso de la nulidad, el motivo ingresa a la voluntad lícita que contraviene el orden público y las buenas costumbres, no a modo de elemento independiente sino subsumido en la voluntad. En otras palabras, el móvil causalizado -distinto del simple motivo *in mente retentum*- es un elemento accidental y no esencial del contrato.

   Por lo que la teoría de Capitant (*hidra con dos cabezas*) resulta ser falsa, inútil, huera de substancia, infantil y superflua.

9. El móvil, para ser causa del contrato, debe ser extemado, objetivado, *ex pacto*, es decir, debe ser conocido por la otra parte y elevado a la categoría de elemento accidental por fuerza del *consens*, ya que su presencia contractual es muy incierta por lo cual no reviste la caracterología de ser un elemento esencial del contrato o del negocio, sino un simple elemento accidental del mismo, a modo de condición, carga, etc. Asimismo dicho móvil puede estudiarse dentro de la estructura de la voluntad, de la cual es su elemento más representativo. Además, en los casos de negocios gratuitos, no se exige el conocimiento del móvil

por parte del beneficiario, salvo -como dicen los Mazeaud- en algunos casos.

10. El móvil es paso del acto volitivo que sólo tiene trascendencia cuando ingresa a modo de elemento accidental -no esencial- de la telaraña contractual. La única causa de las obligaciones será la voluntad entendida como causa fuente (contratos, delito). Voluntad que debe ser analizada a la luz del plexo *axiológico*, en virtud del contralor del orden público y las buenas costumbres que deben ejercer los tribunales, sin necesidad de recurrir a la falsa e inútil teoría de la causa subjetiva neocausal.

11. La teoría neocausalista hipersincrética sigue las huellas de la sincrética de Capitant, con la única diferencia de que rechaza la noción clásica de causa, y en su lugar propone la orientación objetiva de las doctrinas italianas que ven en la causa una función socioeconómica relevante o jurídica, la que amalgamada a la falsa doctrina de fa causa subjetiva del móvil impulsivo y determinante, finaliza construyendo esta nueva hidra con dos cabezas.

Capítulo VII
TEORÍAS OBJETIVAS, SUBJETIVAS Y UNITARIAS

1. Preliminar. 2. Teorías Afiliadas a una Concepción Objetiva de la Causa: 2.1. Causa en la Atribución Patrimonial: a). Causa *Solvendi*. b). Causa *Donandi*. c). Causa *Credendi* o Acquirendi. d). Causa Mixta. 2.2. Causa como Contraprestación. 2.3. Causa de la Obligación: 2.4. Causas Finales en Relación con el Deudor: a). Causa Solvendi. b). Causa Credendi. e). Causa *Donandi*. d). Causa *Novandi*. 2.5. La Causa en el Marco de una Justicia Conmutativa y Distributiva. 2.6. Causa como Objeto del Contrato. 2.7. Doctrinas Italianas.2.8. Apreciación Crítica de las Teoría Objetivas. 3). Teorías Subjetivas: A). la Causa Fin Determinante. B). Apreciación Crítica de las Teorías Subjetivas. 4). Teorías Unitarias: A). Crítica a las Posturas Unitarias. 5). Conclusiones.

1. PRELIMINAR

Brevemente referiremos que en este capítulo vamos a estudiar algunas de las miles de teorías causales que se han podido fórmular en torno a este elemento innecesario del negocio o acto jurídico. En verdad, cada legislación y cada autor, en su afán de ser novedosos, no hacen más que realizar absurdas combinaciones de las troncales teorías causales estudiadas, vale decir, de la causa clásica -en sus versiones objetiva o subjetiva-, del neocausalismo psicológico, de los neocausalismos unitarios entre los cuales se perfilan el bilateral (Josserand), el sincrético (Capitant) y hasta el hipersincrético que une las concepciones subjetivas del móvil impulsivo y determinante, con

las nociones objetivas italianas de la causa asumida como función económico social o jurídica.

Como pudimos observar en cada capítulo por separado, la noción clásica de la causa resultó ser falsa e inútil, lo mismo con respecto a la causa entendida como móvil impulsivo y determinante, con lo cual quedan condenados a muerte todas las posibles mezcolanzas sobre estas concepciones, vale decir, el neocausalismo bilateral de Josserand (a modo de *siamés*) o el neocausalismo sincrético de Capitant (a manera de *monstruo con dos cabezas*). También resultaría falsa la teoría hipersincrética, por lo cual dejamos pendiente el análisis de la concepción italiana de la causa asumida como función socialmente relevante.

El lector, en las futuras líneas, encontrará que las venideras concepciones son sólo formas diferentes de decir lo mismo, es decir, también están condenadas al fracaso, sin embargo, dada la temática de esta investigación, vamos a referimos muy someramente a cada una de ellas, que, en sí, podrían demandar todo un estudio por separado, impropio de este trabajo esclarecedor.

2. TEORÍAS AFILIADAS A UNA CONCEPCIÓN OBJETIVA DE LA CAUSA

Para la teoría objetiva la causa está constituida por la finalidad típica constante en los actos jurídicos del mismo tipo.

El hilo conductor de la teoría objetiva propone la causa desvinculada de características individualistas, y libre de elementos psicológicos de los agentes. La causa como canal o molde al cual necesariamente deben adecuarse las voluntades particulares, es evidente que no admite calificativos de licitud o ilicitud.[454]

454 LOHMANN LUCA DE TENA, 1986, p. 73.

A partir de la teoría objetiva se fórmula una crítica a las teorías subjetivas por haber descuidado la función valorativa del Derecho por cuanto atienden exclusivamente a la voluntad de las partes, por lo que, con la guía de De Castro[455], escudriñaremos una pléyade de teorías objetivistas que nos acerquen a un conocimiento más exacto de la situación planteada:

2.1. Causa en la atribución patrimonial

Para introducir el tema de la causa de la atribución patrimonial, Messineo[456] considera que en el negocio atributivo, el contenido es procurar un acrecentamiento de valor (atribución patrimonial, enriquecimiento, ventaja) en el patrimonio de otro sujeto, mediante la asunción de una obligación o mediante la pérdida de un derecho por parte de quien hace la atribución (el cual sufre una correspondiente disminución de valor en el propio patrimonio), por lo que la causa viene a constituir la justificación o fundamento de la atribución.

En este rubro están comprendidos los negocios bilaterales (contratos), negocios patrimoniales unilaterales entre vivos y por analogía los negocios patrimoniales *mortis causa.* La causa fuera del campo de los negocios patrimoniales es elemento que no tiene una suerte propia: en el negocio no patrimonial, la causa carece de autonomía.

Por su parte Von Tuhr[457] piensa que la causa de las atribuciones patrimoniales incluye el fin que se halla inmediatamente antes de la atribución: el fin jurídico en oposición a los motivos de hecho que lo fundamentan, de modo que la causa viene determinada por las

455 DE CASTRO Y BRAVO, 1985, pp. 180 y ss.

456 Cfr. MESSINEO. 1954, pp. 372 y ss.

457 VON TUHR, 1948, pp. 73 y ss.

relaciones jurídicas existentes entre las partes y *no por el fin económico de la prestación.* Por lo que las diversas causas que encuentra son:

a) Causa *Solvendi*

Si el agente cumple una obligación de reparación propia o ajena que se da con el fin de dar cumplimiento a una obligación anterior.

b) Causa *Donandi*

Si la atribución patrimonial se ejecuta sin consideración de la obligación de reparación: no se procura el cumplimiento de una obligación ni la adquisición de un beneficio, sino únicamente un incremento patrimonial a favor del destinatario a expensas del agente, no compensado por una remuneración.

Es decir, sólo puede definirse de modo negativo: existe cuando con la atribución no se persigue ningún ulterior fin jurídico, además del enriquecimiento del destinatario. Entra también en la *causa donandi*, en sentido amplio, la *mortis causa*, la atribución patrimonial por testamento o contrato hereditario que tiene por finalidad un incremento patrimonial (por regla general, gratuito) a favor del beneficiario, pero -en oposición a la donación-, de acuerdo con la voluntad del causante, su eficacia debe producirse después de su muerte.

En conclusión, se da, promete, hace o se abstiene de hacer alguna cosa, para cumplir un acto de liberalidad, sin esperar ninguna compensación (negocio a título gratuito).

c) Causa *Credendi* o *Acquirendi*

Si la atribución patrimonial se ejecuta con una prestación en que se da o promete, hace o se abstiene de hacer alguna cosa, para crear un crédito a favor propio, o sea, en vista del hecho de que quien recibe la atribución patrimonial se constituye deudor suyo, o da una compensación, o hace alguna cosa, o se abstiene de hacer algo a su

favor (negocio a título oneroso); como por ejemplo, para los juristas romanos la *causa credendi* consistía en la entrega de una suma en mutuo que daba lugar a un crédito en dinero de igual importe.

d) Causa Mixta (*Negotium mixtum cum donatione*)

En lo que atañe al negocio atributivo *mortis causa*, es gratuito, su finalidad es la liberalidad. En el negocio atributivo unilateral, la causa existe solamente para el sujeto que hace la atribución patrimonial, ejemplo, institución de heredero o disposición de legado, creación de cheque bancario, etc.

En conclusión, la atribución patrimonial viene a ser la otra cara de la obligación, vale decir, que la causa jurídica pretendida no responde sino a la consideración de la contraprestación o el cumplimiento de una obligación preexistente (*causa solvendi*), o la dación de un derecho o el otorgamiento de un valor (*causa credendi*), o el ánimo de liberalidad sin contraprestación (*causa donandi*), de modo que las más de las veces esta pretendida causa recae en el juego de las contraprestaciones o la institución de créditos o liberalidades, no agregándose un elemento nuevo en la estructura negocial.

De este modo, la causa de la atribución se confunde con la causa genética al constituir el cumplimiento de una obligación anterior (*causa solvendi*); o con la prestación misma o causa fuente del negocio (*causa acquirendi*) o con la voluntad misma de donar (*causa donandi*), por lo cual la causa atributiva no goza de autonomía propia para configurar ninguna teoría por separado.

2.2. Causa como contraprestación

Para Demolombe[458] la obligación de una parte es causa de la obligación de la otra parte, si una de ellas incumple, la otra cesa por

458 MÉLICH-ORSINI, 1982, pp. 88-89.

falta de causa, en el marco de la condición resolutoria tácita. En este aspecto, se cree que los jurisconsultos romanos la habían considerado en los contratos innominados acordando a la parte, respecto de la cual había sido inejecutado el pacto, una *condictio ob causam dati*, *causa non secuta.*

Esta concepción considera la causa final como el fin inmediato que se propone alcanzar la parte que se obliga, precisamente al obligarse (¿por qué? *Cur promisit!*). En cambio la causa impulsiva aparece como el motivo que impulsa a cada una de las partes, en lo particular, a contratar (el motivo del contrato era sinónimo del *cur contraxit*, mientras que el motivo de la obligación era el *cur promisit*). Asimismo, no es un elemento intrínseco y constitutivo de la obligación, sino extrínseco y exterior: es personal, o sea, relativo a cada uno de los contratantes en particular, no interesando si la causa es verdadera o falsa, lícita o ilícita.[459]

Por su parte Larombiere manifiesta que en todos los contratos sinalagmáticos, cada parte contrae compromisos en vista y en razón de los compromisos que la otra parte contrae en su favor. Sin embargo, la ley sobrentiende la condición resolutoria en los contratos sinalagmáticos, para el caso de que una de las partes no satisfaga sus compromisos. Esta condición se la extrae de su propia naturaleza, de la reciprocidad de los compromisos contraídos, y no de la teoría de la causa.

Demás está aclarar que esta causa objetiva no es sino una reminiscencia de la causa clásica, a cuyo tratamiento remitimos la crítica correspondiente.

459 BONNECASE, 1945, pp. 247-248.

2.3. Causa de la obligación

Giorgi[460] considera que la causa de la obligación contesta a la pregunta "cur debetur": ¿por qué se debe? (causa debendi, causa obligationis); mientras que la causa del contrato responde a la pregunta "cur contraxit" ¿por qué se contrajo, por qué se celebró el contrato? (causa contractus, causa negotii).

En la causa de las obligaciones encontramos los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos. La causa de la obligación o causa debendi es el fundamento jurídico de la existencia de una deuda, entendida como deber jurídico de realización de una prestación: el fundamento justificativo de un deber de prestación es un supuesto de hecho o una "species facti" a la cual el ordenamiento jurídico liga la obligación. Causa es el hecho constitutivo de la obligación, la fuente de la obligación: causa de la obligación coincide con fuente de la obligación (Pothier).

Naturalmente que dentro de esta concepción objetiva sólo la causa fin puede tener cabida mas no la finalidad personal o contingente, la que (como lo estudiamos) puede ingresar al contrato mediante otras figuras, como por ejemplo el elemento accidental. En esta senda es preciso no olvidar que cuando se habla de causa eficiente, se está aludiendo a una estructura distinta a la de la causa fin o causa motivo.[461]

---

460 Cfr. DIEZ-PICAZO, 1983, pp. 172-173.

461 Recordemos que causa eficiente no es lo mismo que causa fin o motivo, veamos la distinción: a). - Causa Eficiente: Es la fuente de la cual nace o se origina la obligación: llámese contrato, cuasi contrato, delito, cuasi delito, ley. b). - Causa Motivo: Es el móvil determinante de la voluntad del individuo, que lo lleva a contratar, testar, etc., de modo que es contingente y subjetivo, variando de persona a persona. c). - Causa Fin: Fin o propósito que se persigue al contratar o realizar el acto juridlco. Es invariable e igual para cada clase de acto. Contrariamente al móvil, es objetivo. La palabra causa da idea de algo pasado, acontecido. La palabra fin explica algo futuro, no acontecido. (Capitant refiere que fue adoptada esta expresión porque la

De modo que las obligaciones tienen su fundamento en un hecho capaz de darles vida (causa eficiente), y al mismo tiempo deben producir un resultado o fin (causa final). La causa eficiente de las obligaciones son los hechos jurídicos de donde provienen: contratos, declaraciones unilaterales de voluntad, hechos ilícitos y ciertas simulaciones o estados aptos para producir obligaciones, en el entendido de que toda obligación debe producir un resultado o fin: satisfacer el interés del acreedor y el interés del deudor que ejecuta su obligación.

De ahí que el efecto tenga la virtud de convertirse en causa eficiente de un efecto posterior. La obligación es efecto o resultado en relación con su fuente o hecho que lo generó, y es causa eficiente en relación con el resultado o causa final que debe producir. La causa final o resultado de las obligaciones se realiza ediante el cumplimiento o pago, el que debe examinarse desde dos puntos de vista: 1). Como satisfacción del interés del acreedor, y 2). Como medio extintivo de las obligaciones, pues así se realiza el interés del deudor, quien cumple para extinguir su obligación.

Este análisis de la causa de las obligaciones es bastante básico al considerar el planteamiento en cuestión desde un punto de vista meramente genético, y de igual manera lo hace con la causa final de las obligaciones al acercarla al pago, que en realidad es un efecto de las obligaciones y una forma de extinguir las mismas.

Por otra parte, desde la perspectiva del neocausalismo bilateral de Josserand, los hermanos Mazeaud creían que debería distinguirse dos tipos de causa:[462] de la obligación o razón por la cual asume su obligación el contratante: ¿por que asume su obligación?, siendo

---

consideración del fin determina al deudor a obligarse y, por extensión de lenguaje, se llama causa al fin, aunque no sea la denominación más satisfactoria).

462 Cfr. CABANELLAS, 1979, pp. 109-111.

la respuesta siempre idéntica para cada tipo de contratos: Es una causa abstracta, desligada de la personalidad del contratante, noción esencialmente técnica, pieza fundamental del mecanismo del contrato. Mientras que la causa del contrato es la razón o motivo o motivos que han determinado a cada uno de los contratantes a concluir el contrato ¿por qué ha contratado tal parte?, motivo que debe ser conocido por la otra parte, para configurar la causa impulsora y determinante.

Asimismo Maury piensa que en la causa de las obligaciones -diferente a la causa de los contratos- se observa una estructura distinta con respecto a los motivos o las contraprestaciones, que se explica en cada uno de los tipos contractuales, en los que se observa, en concreto, la concepción de la causa do la obligación: Así, en los contratos onerosos la causa de la obligación es el equivalente querido: contrapartida que cada parte ha querido recibir a cambio de su obligación, mientras que en los contratos gratuitos una parte se obliga sin perseguir un equivalente económico, ya que éste es moral, pudiendo ser el motivo que ha determinado al donante a donar o a dar, el agradecimiento, vanidad, deseo de alentar, actividad útil, etc.

En cambio, la causa del contrato es el motivo jurídico suficiente (Aubry y Rau) o el motivo que el derecho toma en consideración; el que no siempre es lo mismo, estando el juez facultado a ir más o menos lejos en el análisis de la voluntad, en los marcos de la protección del orden público y las buenas costumbres (*neocausalismo*).

En este sentido en los contratos a título oneroso, la causa es el móvil común que ha impulsado a las partes a contratar, el que es común, conocido, querido por las partes y asumido como elemento accidental del negocio; como por ejemplo, la venta de una casa para la instalación de una casa de tolerancia. Por su lado en los contratos a título gratuito es inútil preocuparse por saber si el móvil ha sido

común, ya que el fin del contrato, en el pensamiento del donante, la causa es el motivo determinante, el que es causa del contrato.

Resumiendo tenemos que la causa de las obligaciones para los contratos onerosos radica en la contraprestación ansiada, mientras que la causa del contrato para este mismo tipo de contratos se ubica en la voluntad común conocida y elevada a manera de elemento accidental del negocio, susceptible de investigación; en cambio en los contratos a título gratuito, tanto la causa de la obligación como la del contrato consiste en la voluntad de donar cabalgada por un fin específico y personal. De esta forma la causa de las obligaciones se acerca a la postura clásica objetiva, y la causa de los contratos pretende ingresar en los trebejos de la motivación neocausal, la misma que no es sino un paso del acto volitivo: el móvil es la causa de la ejecución de la voluntad peo no es la causa de la obligación, ya que ésta tiene por causa los contratos (entre otros), los que, a su vez, obedecen a la voluntad.

En esta definición bilateral de causa, la causa de obligaciones por una parte es el equivalente material o moral perseguido; mientras que la causa del contrato, por otra parte, se percibe desde el punto de vista del motivo común de los contratantes (título oneroso) o del motivo determinante del autor de la liberalidad (actos gratuitos).[463] Asimismo, la correspondiente crítica a esta concepción neocausal bilateral de la causa, se encuentra engolfada en el capítulo referido al neocausalismo, a cuyo texto remitimos la atención del lector.

2.4. Causas finales en relación con el deudor

La causa eficiente habría que situarla, de antemano, como continuación de la causa *civilis* del Derecho Romano. Los jurisconsultos romanos creían que la causa de las obligaciones era su

463 MARTY, 1952, 1952, pp. 98-99.

fuente legal misma, vale decir el hecho jurídico al que se reconocía la virtud de crear el *vinculum juris*, de ligar a las partes, como el contrato por ejemplo.

Veamos brevemente cómo es que esta *causa civilis* se configura de diversa manera según los tipos contractuales:

a) Causa *Solvendi*

El que ejecuta una prestación (transmisiones de un derecho, realización de un servicio, etc.), pretende extinguir una obligación que había contraído con anterioridad, caso del deudor que cumple con el pago para extinguir su obligación.

En la causa solvendi se reunen la causa eficiente y la causa final, haciéndose superflua esta última: las causas se encuentran, se dan la mano, por ejemplo ¿por que A entrega una cosa a B?: porque a ello se había obligado (causa eficiente), y también para extinguir una obligación (causa final).

La causa final nuevamente se dibuja desde la perspectiva de la causa genética, no posee ningún extremo que la distinga íntegramente, por lo que el cumplimiento de la obligación misma es un efecto, una consecuencia que mal puede llamarse causa final.

b) Causa *Credendi*

Se ejecuta o cumple una prestación para que el que recibe quede obligado. El que realiza la prestación no cumple lo debido, pues la realiza para que nazca una obligación, ejemplo, en el mutuo alguien entrega a otro una cosa fungible para que el que recibe quede obligado a restituirla. Entonces la causa credendi es un buen exponente de la causa eficiente, porque si no existiera prestación previa, tampoco se daría la subsiguiente.

c) Causa *Donandi*

Una persona gratuitamente entrega una cosa (o ejecuta un servicio), procurando un enriquecimiento gratuito para el que recibe.

d) Causa *Novandi*

Se establece una nueva obligación para extinguir la anterior.

En resumen, la vida de las obligaciones, su fundamento o razón de ser, oscila fatalmente entre dos hechos jurídicos: una fuente o hecho generador y un hecho capaz de extinguirlas, pues la obligación debe tener una causa en el pasado y una función en el futuro. La primera se explica por su fuente o causa eficiente, y la segunda por su cumplimiento, el mismo que no se separa mucho de la concepción genética.

Para que la obligación surja a la vida jurídica tan solo debe realizarse su fuente. La obligación contractual surge tan pronto se perfeccione el contrato, y este se perfecciona únicamente con los tres primeros elementos: declaración de voluntad, capacidad y objeto; siendo irrelevante la presencia de la causa final, la misma que cae por su propio peso como un elemento intrínseco a la voluntad.

2.5. La causa en el marco de una justicia conmutativa y distributiva

A este respecto Giorgi[464] declara que los códigos modernos al hablar aparentemente de la causa del contrato (causa contractus, cur contraxit), aluden verdaderamente a la causa de la obligación contractual *(causa debendi, cur se obligavit).*

Si bien este tratadista no comparte la idea de la presencia de la causa en el negocio jurídico por llamarlo *el cuarto lado del triángulo*, refiere algunos conceptos derivados de la doctrina italiana. En este

464 GIORGI, 1929, pp. 460 y ss.

sentido, si el contrato es a título gratuito, necesariamente le informa la justicia distributiva y la causa de la obligación se encuentra en el espíritu de liberalidad (*animus donandi*), en el que se comprenden los deberes de reconocimiento o gratitud; las deudas de conciencia que, aunque se traduzcan en servicios patrimoniales, no se consideran como precios, salarios, mercedes, sino como premios y recompensas que no tienen valor permutable, pero que se pesan en la balanza, más noble, de la justicia distributiva.

En los contratos a título oneroso, la *causa debendi* se halla, en el domino de la justicia conmutativa, y consiste en un servicio que el otro contratante ha hecho ya al promitente, en un servicio que le hace al mismo tiempo o que debera hacerle después.

En esta senda la causa como cuarto requisito de los contratos, puede definirse como el *motivo- jurídico* por el que uno se obliga a contratar: es motivo por cuanto constituye la razón, en el ánimo del contratante que determina, no al contrato, sino a su obligación; y es jurídico, porque para que el motivo sea del contrato, debe tener los caracteres jurídicos determinados por la ley: según sea oneroso o gratuito. Es esta caracterización la que brinda andamiaje suficiente para enrolar esta postura dentro de las teorías objetivas de marcado tinte legalista y típico, por ende sin ninguna utilidad práctica.

Como podemos apreciar, ya se enanque la atención en la justicia conmutativa o en la distributiva, la causa de la obligación aparece reproduciendo la causa clásica en su versión subjetiva, la misma que es confundible con el juego de contraprestaciones o *el animus donandi*, según el tipo negocial en tratamiento, con lo cual resulta falsa e inútil esta teoría, por los propios fundamentos que no es necesario reproducir en estas líneas, ya que se entresacarían de las del capítulo referente *a* la causa clásica.

2.6. Causa como objeto del contrato

El tratadista Ricci[465] cree que así como el legislador considera el objeto del contrato como objeto de la obligación, de la misma forma ve la causa del contrato en la causa de la obligación.

En lo que respecta al móvil o fin que induce a alguno a contratar, es, las más de las veces, desconocido por no haber necesidad de expresarlo en la convención, pudiendo ser fácilmente, después de celebrado el contrato, sustituido por otro móvil a elección de la parte interesada, abriéndose así una larga y segura vía a la mala fe.

De esta forma, la causa de la obligación viene a ser el móvil que indujo al obligado a limitar su libertad natural. Si el contrato es bilateral, implica una obligación recíproca entre los contratantes, la restricción de la libertad impuesta a uno de ellos es el móvil de la restricción impuesta al otro, o en otros términos, la obligación del uno es la causa de la obligación del otro: la obligación de cada contratante es causa de la del otro. Las dos obligaciones tienen un mismo objetivo consistente en la mutua ventaja y en el mutuo sacrificio de las partes, de las cuales lo uno es inseparable de lo otro, y constituyen juntos un solo todo, por lo que siempre el objeto de la obligación es lo que constituye su causa.

En la venta, por ejemplo, hay cosa y precio; cosa que presta el vendedor, y precio que paga el comprador; pero cosa y precio reunidos constituyen el objeto de la obligación del uno y del otro, en cuanto el uno da la cosa por el precio, y el otro el precio por la cosa; por lo que cosa y precio constituyen la causa de la obligación del vendedor y comprador.

En caso de un contrato unilateral, la causa es el mismo objeto de la obligación. Asimismo, la manifestación de mi benevolencia o

465 RICCI, SF, pgs. 60 y ss.

afecto es la causa de mi obligación gratuita; la causa es la privación voluntaria de mi obligación a favor de otro. "Si se me pregunta por qué me obligo a pagar mil a Antonio a título de préstamo, respondo que porque Antonio me ha dado mil, por lo que el objeto de mi obligación se confunde en este caso con su objeto."[466]

Esta teoría parece ser más sincera: reputa la causa de la obligación como el objeto del mismo, ya se trate de asuntos bilaterales o unilaterales. Lo que llama la atención es la ausencia de tratamiento con respecto a las liberalidades, en las que no podría haber confusión con el objeto por cuanto la voluntad se confunde con la causa. Es decir, que se presume que la obligación tiene un objeto que constituye también su causa, de manera que tampoco podría estimarse pertinente arguir ilicitud de la causa porque su equivalencia con el objeto, genera que jamás se pueda atentar contra las buenas costumbres o el orden público. De ahí que, no cabe ninguna duda del carácter hipererogatorio de la teoría de la causa entendida como objeto.

2.7. Doctrinas italianas

Este acápite preferimos estudiarlo en un apartado singular e individualizado, por cuanto su importancia demanda un tratamiento particular. Sin embargo, cabe agregar que dentro de la multifacética doctrina italiana que, desde una perspectiva objetiva, asume la causa como la función socio-económica, o la función jurídica o socialmente relevante, con muchas variantes de acuerdo a los gustos de los autores, pero con el hilo de ariadna común de que sus concepciones no hacen sino reproducir el papel tipificador que corresponde a los negocios onerosos y gratuitos de acuerdo a su propia naturaleza.

466 RICCI, sf,, p. 61.

Asimismo, tampoco debemos confundir la función social del negocio con la causa del mismo, ya que la función social es un criterio que -como se estudiará en el capítulo referido al acto o negocio jurídico- constituye una conquista socio-económica y cultural fuertemente emparentada al derecho *in totum*, ya sea público y privado, y no solo a los actos jurídicos.

Además, es necesario adelantar que estas posturas italianas de la causa entendida como función del negocio, no son sino formas nuevas y remozadas de entender la falsa o inútil teoría clásica de la causa, de modo que estas *modernas* concepciones siguen también la suerte de su antecesora.

2.8. Apreciacion critica de las teorías objetivas

Las teorías objetivas, aunque tengan o no un sustrato subjetivo[467], representan, en cierta manera, la voluntad de la ley mediante la tipicidad contractual o a través de las diversas modalidades que hacen que esa pretendida causa se desligue cada vez más de consideraciones de orden individual o psicológico, donde el peso de las estructuras negociales, con respecto a la aludida causa, desplaza el influjo de las tonalidades volitivas.

Además, hemos revisado con detenimiento que las nuevas variantes objetivas de la teoría de la causa, no son sino reproducciones de la antiquísima doctrina clásica de la misma, la que resulta ser falsa, inútil, superflua, super-erogatoria, hiperabstracta, caprichosa,

467 Algún sector de la doctrina, como por ejemplo Ourliac (Op. Cit., pg. 300), a partir de una lectura subjetiva de las concepciones clásicas *de* la causa, piensa que es incorrecto, terminológicamente hablando, contraponer la causa objetiva y la subjetiva, por cuanto ambas son subjetivas, ambas juegan con conceptos de fin, finalidad, determinación volitiva, de carácter eminentemente psicológico y subjetivo. Cree que lo que ocurre es que un grupo de autores se queda en los fines individuales y variables, mientras que la mayoría se eleva a la tesis llamada objetivista, añadiendo normalidad y legalidad al término.

artificial, inoperante, tautológica, huera de substancia, etc., como lo hemos revisado asaz en los capítulos anteriores. De suerte tal, que aquellas teorías que reproduzcan su sino, también gozarán de símil destino.

En cuanto a las posturas italianas, hemos visto cómo su falsedad *e* inutilidad desciende al confrontar sus postulados con la realidad, aunque en rigor de verdad, preferimos tratar este tema más adelante, para tener una concepción más clara y precisa.

Veamos enseguida las concepciones subjetivas y su correlato doctrinario.

3. TEORÍAS SUBJETIVAS

Si con las teorías objetivas entendíamos por causa una identificación de ésta con alguno de los elementos del negocio jurídico, como el objeto o el consentimiento, desembocando en su falsedad e inutilidad; por su lado, las teorías subjetivas irrumpen desde la cantera del neocausalismo para impetrar a la doctrina causídica una valoración más personal, dando énfasis a la creación humana y ponderación individual.

Pero no por ello es ilícito pensar que la causa entendida como el móvil exteriorizado, común, previsto por las partes, integrado en el negocio a modo de elemento accidental, deba constituir la salvación de esta moribunda teoría causal. Antes al contrario, el móvil no es sino causa de la ejecución del acto volitivo, del que es un paso más, y no constituye causa de la obligación, ya que esta tiene por causa el contrato que, asimismo, tiene por causa la voluntad. Estudiémoslo detenidamente.

A) La causa fin determinante

Las concepciones objetivas reseñadas en el rubro anterior obviamente riñen con los planteamieritos psicológicos que consideran la causa como un elemento volitivo del negocio. Basta repasar las doctrinas clásicas para comprender los desesperados esfuerzos de los autores en tratar de separar la causa de los motivos. En cambio, las teorías psicológicas de la causa, con Bonnecase a la cabeza, no hacen sino recoger la concepción inaugurada por la jurisprudencia que identifica causa con motivo. Sin embargo, es necesario no olvidar que la labor jurisprudencial se logró vía el contralor de la moralidad de los contratos, basándose en los artículos 1131 y 1133, pero que pudieron haberse basado también en los principios generales del derecho, ya que su natural función es la de velar por el respeto del orden público y las buenas costumbres.[468]

De esta forma, el motivo impulsivo y determinante sostenido por las posturas neocausalistas psicológicas, difieren totalmente de las abanderadas por la causa clásica y las demás teorías objetivas.[469] La finalidad o fin perseguido por: las partes intervinientes, el propósito o motivo determinante incorporado al acto (razón teleológica

468 Es importante rememorar que las teorías neocausalistas, salvo la concepción de Bonnecase, no repugnan totalmente la teoría clásica de la causa, la cual llega a unirse con la ideología del móvil impulsivo y determinante, de acuerdo a la caracterología propia de cada autor, ya sea de Capitant (neocausalismo sincrético) o Josserand (noocausalismo bilateral). Esto lo veremos en detalle dentro de las teorías unitarias.

469 Para el causalismo clásico, dentro de toda la cadena de motivos que el agente puede considerar, el derecho sólo toma en cuenta el último, el más próximo a la acción, la razón determinante, el que sirve objetiva y jurídicamente a justificar el acto, no los otros más remotos, que han excitado la voluntad proporcionándole ocasión de determinarse, pero que bastan por sí a determinarla y a justificar el acto; y estos no los toma en consideración porque carecen, por regla general, de relieve para el derecho, a no ser que -*como afirma De Ruggiero - hayan sido incorporados en la misma declaración de la voluntad en forma de modo, condición, o supuesto*, constituyendo -como lo vimos en el neocausalismo- elemento accidental de la misma (Cfr. DE RUGGIERO, 1977, pp. 281-282).

del contrato), es *diferente de la causa teleológica que mira al fin en abstracto*, es decir, *al motivo determinante objetivo, inmediato y directo, siempre igual tratándose de los mismos contratos: concepción tradicional o clásica de la causa.*[470]

La causa como motivo impulsivo y determinante de la obligación[471], recoge la doctrina impulsada por la jurisprudencia francesa en el sentido de examinar la intención concreta perseguida por las partes al realizar el negocio: el propósito específico que las ha guiado a celebrarlo. Difiere del simple motivo que es una razón impulsiva individual o subjetiva, ocasional y accidental del negocio, que nunca falta como impulso primordial de la voluntad, no teniendo importancia alguna para el derecho, ya que son motivos remotos que responden a representaciones psíquicas internas que pueden ser infinitas y variables, como lo son las circunstancias individuales que mueven a los hombres a ligarse en relaciones entre sí.

En esta senda, si el motivo no ha sido manifestado, conocido por la otra parte, queda como un simple motivo "*in mente retentum*", sin ninguna importancia jurídica, en cambio si fue manifestado, su relevancia no tiene lugar por ser un motivo, sino porque habiendo sido exteriormente manifestado se ha hecho parte del contenido del acto, ha pasado a pertenecer al negocio en particular condicionándolo a manera de elemento accidental. Por ejemplo, una persona, en

---

470 MOSSET ITURRASPE, 1961, p. 262.

471 Según la dirección subjetiva, la causa fin psicológica es el conjunto de razones, móviles o motivos psicológicos particularcs de cada sujeto que interviene como parte en el acto jurídico, determinantes de la voluntad. Se le llama -según Torres Vasquez- causa motivo, causa impulsiva, causa ocasional o simplemente causa fin para diferenciarla de la causa final (causa fin objetiva), que varía do un acto a otro (fin concreto, mediato, personal.) Cfr. TORRES VASQUEZ, 1992, pp. 21 y ss. Aunque en rigor de verdad, la terminología es indistinta y tanto causa fin como final, a veces, no dicen sino lo mismo, por lo que más importante resulta analizar una teoría no por el nombre o continente, que puede ser confuso y abstruso, sino por el contenido.

previsión de ser trasladada a otra ciudad, arrienda una casa, si el traslado no tiene lugar, sólo podrá sostenerse que el contrato es nulo en la hipótesis de que *previamente* haya sido conocido por el arrendatario que el arrendador entendía obligarse únicamente en vista de aquella eventualidad, y, por consiguiente, que el acto tenía ese presupuesto o venía subordinado a aquella *condición*. El impulso psicológico debe ser anterior a la declaración de voluntad y ser parte del contenido del negocio, es decir, no sólo querido, sino, además, manifestado y elevado a la categoría de presupuesto, de elemento accidental. Debe ser común a los dos contratantes o interesados, porque sólo así ambos pueden demostrar haber querido que un contrato sirva para actuar precisamente aquella finalidad perseguida por ambos y que las determine a vincularse.

Por otro lado, en la concepción de Stolfi[472], el motivo varía de persona a persona en cuanto constituye el impulso a que obedece la parte cuando decide obligarse, es decir, la esperanza, la certeza, la ilusión, el propósito o la necesidad que la induce a consentir: el negocio es siempre nulo si la causa es ilícita (entendida como fin típico), pero no si lo es el motivo, porque entonces habrían de concurrir otras circunstancias para privar al acto de eficacia, tales como haber sido, además, el único determinante de la liberalidad, y ello resulta del acto, o de haber sido exclusivamente el determinante del negocio bilateral, en cuyo caso debe ser común a las dos partes contratantes.

Este conocimiento preliminar del motivo por la otra parte debe ser entonces externado, queriendo significar con ello que los móviles inmorales tornan inválido el contrato en cuanto hayan sido consensuados o cuando hayan ingresado en el campo contractual: "Ese campo contractual debe ser coparticipado: se tratará de un

472 STOLFI, 1959, pp. 40 y ss.

campo bilateral; **ambos contratantes deben tornar común a ese móvil ilícito o inmoral para que ello lleve consigo la invalidez del contrato o de una de sus cláusulas. Sólo en esa hipótesis se estaría ante el contrato inmoral."**[473] Y continúa Spota (1950) con el sonado caso del inquilino que, sin conocimiento del locador, destina a casa de tolerancia el inmueble arrendado:

> Es justo que el locador inocente no sufra las consecuencias de tal violación contractual y legal cometida por el locatario. Pero una vez en conocimiento de la verdad de los hechos, ¿es admisible una conducta prescindente? El locador tiene ante sí varios caminos: o exige que el locatario desaloje la finca, o lo demanda por incumplimiento de contrato (lo cual presupone que se destine el inmueble a un uso honesto) o permanece impasible. Este último camino es el que no puede admitirse, porque no es posible que directa o indirectamente colabore en el fin torpe perseguido por el inquilino. (pp. 320-32).

Parece lógico pensar que el libre juego de probabilidades que se tienden a favor del locador es bastante flexible, el que, ignorante de los acontecimientos, se da cuenta con posterioridad a la celebración del contrato, de que el locatario ha destinado el inmueble para un uso que atenta contra las buenas costumbres. Es la prestación la que ha equivocado el camino al colisionar con normas básicas sociales que son protegidas por el derecho positivo, y éste reacciona levantándose en contra de tales actos. Y en el caso de que ambos contratantes hayan querido una prestación ilícita, el negocio de por sí adolece de nulidad, peticionable por cualquier tercero con interés, al tener objeto ilícito la operación bajo tratamiento.

473 SPOTA, 1980, pp. 30-32.

Por otro lado, necesitamos aclarar que no cualquier motivo puede echar por la borda cualquier negocio, sino simplemente aquellos compartidos[474], por lo que resulta exagerada la posición de Ripert que admite que el contrato pueda ser anulado cada vez que falle cualquiera de los móviles que haya impulsado a una de las partes a contratar, aplicando pura y simplemente la teoría de la voluntad psicológica hasta sus últimas consecuencias.[475]

Finalmente, es necesario recordar que, como lo sostuvimos en el capítulo destinado al estudio del neocausalismo, el móvil no es sino un paso del acto volitivo y no puede integrar la estructura del negocio a modo de elemento esencial, mas sí como elemento accidental del mismo (cuando es común, querido y elevado a la categoría de supuesto), con lo cual queda demostrada la superfluidad de esta teoría reemplazable mediante la aplicación de otras instituciones más coherentes.

B) Apreciacion critica de las teorías subjetivas

Una de las críticas más agudas que se formulan a las teorías subjetivas pasa por considerar exagerada la atención que el derecho brinda a los móviles determinantes de las partes, los que muy bien pueden asimilarse a otras figuras que circundan el negocio, tales como el objeto, la condición, el modo, el error en el motivo, etc.

474 Sin embargo, otro sector doctrinal, aunque minoritario, piensa que no simplemente es necesario el motivo conocido manifestado expresamente, sino también que puede ir implícito en el negocio, es el caso de Torres Vásquez quien cree que no todos los móviles personales o mediatos pueden ser elevados a la categoría de causa motivo, sino únicamente aquellos motivos determinantes de la voluntad del sujeto que han sido incorporados *expresa o implícitamente*, esto es, aquellos móviles que están inmersos en las circunstancias que circundan el acto jurídico y que, por tanto, son conocidos o han debido conocerse por las partes (TORRES VÁSQUEZ, 1992, p. 22).

475 MARTY, 1952, 1952, pp. 98 y ss.

¿Dónde estaría la lógica del legislador -se inquiere Giorgi[476]- si la estabilidad de los convenios, tan deseada por él, dependiese del concurso y caracteres de un elemento que casi nunca tiene certidumbre extrínseca?, ¿donde estaría la justicia de la ley si se subordinase la validez del vínculo contractual, al disimulo del contratante, a las falaces apariencias de su intención secreta?

Por su parte Albaladejo refiere[477]: "no conviene silenciar -en relación con el derecho español- que estimamos equivocada la teoría subjetiva de la misma, por más que haya dejado visibles huellas en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

En resumen, los tribunales echaron mano de los artículos 1131 y 1133 del Code Napoleón para anular contratos contrarios al orden público y las buenas costumbres, cosa que hubiera sido posible mediante la aplicación de los principios generales del Derecho. Por lo cual, el móvil impulsivo y determinante no es sino un paso más del acto volitivo que tiene trascendencia jurídica en la telaraña contractual cuando se lo eleva a la categoría de elemento accidental. Nada más. Ahora veamos las teorías unitarias, eclécticas o híbridas.

4. TEORÍAS UNITARIAS

Según las teorías unitarias o eclécticas, ambas direcciones (objetiva y subjetiva) no son antagónicas en sí, sino, antes al contrario, aparecen complementarias, concurriendo en la generalidad entrelazados. Lo que propugna la teoría unitaria, desde los diversos puntos de vista de los autores enrolados bajo esta doctrina, es tratar de amalgamar ambas situaciones y no contraponerlas ni confrontarlas; creen encontrar aspectos de comunión contractual que los teóricos de las posturas extremas no han atisbado.

476 GIORGI, 1929. pp. 460 y ss.

477 ALBALADEJO, 1958, pp. 197-198.

De esta manera, las teorías sincréticas o unitarias combinan las teorías objetiva y subjetiva, por considerar que:

a) Aisladamente son parciales al tratar un solo aspecto de la questión.
b) No son contradictorias ni incompatibles entre sí.
c) La causa es: fin objetivo, abstracto, directo e inmediato, necesariamente invariable en todos los actos jurídicos de la misma categoría; y como fin subjetivo, concreto, razones o motivos subjetivos particulars que impulsan al sujeto a celebrar el acto jurídico con el propósito de alcanzar alguna finalidad, siempre que se incorpore en el acto, como razón determinante de la manifestación de la voluntad.[478]

Sin embargo, dentro de las teorías unitarias, eclécticas o híbridas tenemos tres vertientes: a). El neocausalismo bilateral de Josserand (a modo de *siamés*) donde la causa de la obligación es la causa clásica, al lado de la causa de contrato constituída por el móvil impulsivo, determinante y común, b). El neocausalismo sincrético de Capitant (*hidra con dos cabezas*), donde la causa clásica remozada desempeña un papel objetivo, y la causa jurisprudencia juega un rol subjetivo. c). El neocausalismo hipersincrético, similar al de Capitant, con la única diferencia que desplaza la teoría objetiva clásica; propone la teoría objetiva italiana de la causa función, junto a la teoría del movil común (aspecto subjetivo).

En cuanto a las dos primeras teorías neocausalistas mencionadas podemos manifestar que ya hemos expresado nuestra crítica al respecto en el capítulo pertinente. En cuanto a la tercera figura, también adelantamos algo, con cargo a un estudio posterior más enjundioso.

478 TORRES VASQUEZ, 1992, pp. 22 y 23.

Por su parte, dentro del neocausalismo hipersincrético, Lohmann (1997) explica

> Desde un correcto punto de vista, la causa subjetiva o finalidad común compartida por las partes, en un determinado negocio, **siempre habrá de coincidir** con una causa objetiva o legal con determinadas consecuencias de derecho. Es decir, que la finalidad de los intereses que las partes regulan al obligarse, encuentra su carne y marco adecuado en una causa legal que la recoge y la regula... Así como las formalidades serían para tipificar un determinado negocio jurídico en la Roma antigua, y atribuirle determinados efectos y consecuencias, así la causa objetiva del negocio -como función y efectos típicos del mismo-, sustituye hoy a tales formalidades... La causa objetiva es pues, el propósito concreto de cada tipo de negocio que produce un resultado social determinado, al cual ha de adecuarse su contenido y la finalidad que las partes pretenden conseguir con el mismo. (pp. 74 y ss.)

Esta teoría es ecléctica puesto que a la voluntad común de las partes se le auna la voluntad de la ley, asumiendo como parcial dar exclusiva razón a la teoría de la causa objetiva, como a la de la subjetiva, y por ende combina ambas teorías.[479]

Ahora bien, dentro del aspecto objetivo de esta concepción, la teoría de la causa entendida como la función social del negocio, reputa que esta causa objetiva que debe hallarse también en el ánimo de las partes, como cuando en una compraventa el vendedor y comprador han de querer llevar a cabo el intercambio de dinero y de cosa, que el ordenamiento jurídico protege como finalidad social útil.

479 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 68.

Si consideramos este planteamiento, según el cual las partes quieren lo que la norma puede otorgar, no nos separamos mucho de la teoría objetiva, ya que ésta, con coincidencia de la voluntad de los agentes o sin ella, produce los efectos propios del tipo contractual. Por lo que la causa sería el motivo próximo del agente, por el cual en su ánimo aparece la intención encaminada a conseguir aquel fin objetivo: la causa subjetiva sería la objetiva en cuanto es concebida y querida por el agente, y respaldada por la norma jurídica.

Ahora veamos la crítica endilgada a las concepciones híbridas de la causa:

A) Critica a la postura unitaria

Una justificación importante que avala la presencia de estructuras unilarias o híbridas, pasa por considerar que ambas posturas -la clásica y la psicológica-en su individualidad principista, raya con una parcialidad que retacea el supuesto tratamiento íntegro del negocio, ya que la teoría objetiva conduciría fácilmente, ya a desconocer la importancia de la iniciativa privada o bien a limitar la facultad investigatoria del juez, mientras que la teoría subjetiva no valoraría debidamente la función limitadora y de vigilancia del derecho sobre el ejercicio de la autonomía negocial.[480]

No obstante ello, debemos concordar que no por juntar dos organismos enfermos, vamos a obtener uno sano. De ahí que, si se amalgaman ambas posturas, no se piense que se va a contar con una estructura en la cual la función limitadora del derecho, la función escrutadora del juez y el libre juego de la voluntad contractual, van a poseer libertad plena y convivencia perfecta.

Hemos visto cómo la función contralora de la moralidad, del orden público y las buenas costumbres, es una función natural

480 DE CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 182.

y obligatoria de los tribunales, independientemente de toda referencia a la teoría que identifica causa con motivo. De la misma forma, no podemos despreciar la rica fuente que proporciona el plexo axiológico, ni tampoco olvidar rnuchas instituciones como la voluntad, la condición, el modo, el objeto, el error en el motivo, etc., que cumplen las mismas funciones que aquellas que se pretenden otorgar a la causa.

En conclusión, no por hacer mixturas y experimentos con las posturas objetivas o subjetivas, vamos a obtener beneficos resultados. La sociedad no es un conejillo de indias con la que se pueda experimentar, es algo serio que demanda atención científica y no farsas causalistas. No podemos ir creando de tiempo en tiempo ensaladas para ver cuál dc ellas encaja en la realidad y entonces aparecer frente a la comunidad académica como los amos de teorías insulsas y superfluas.

5. CONCLUSIONES

Veamos brevemente las principales conclusiones que podemos entresacar del examen del presente capítulo, ontre otras cabe mencionar:

1. Las teorías objetivas no reproducen sino, desde su peculiar trinchera, la falsa e inútil teoría de la causa clásica. En este orden también se incluyen las posturas italianas de la causa función, que pretenden asumir la función tipificadora propia de la misma naturaleza de los tramados negociales; intentando hacer suya una función social que no es sino un criterio conquistado por la humanidad en el decurso de la historia, que acompaña e inunda al derecho *in totum*, y no sólo al acto jurídico, y que dicha función social va más alla de cualquier identificación con la causa

entendida objetivamente como el juego de contraprestaciones o *el animus donandi.*

2. Las teorías psicológicas abstraen el móvil impulsivo y determinante del andamiaje valorativo para hacer de él un elemento esencial de la estructura técnica del acto jurídico, cuando el motivo es un paso del acto volitivo, por lo cual no podría ser la causa de las obligaciones, ya que éstas son causadas por el contrato y éste por la voluntad. Asimismo, el motivo cobra relevancia cuando es elevado a la categoría de elemenlo accidental del acto o negocio jurídico.
3. Demás estaría referir que los tribunales están llamados naturalmente a controlar la moralidad y el orden público a través de múltiples mecanismos, bastante diferentes a los de la causa móvil, echando mano del plexo *axiológico y* del análisis de la voluntad en colisión con los criterios sociales antedichos.
4. Las teorías unitarias están comprendidas por el neocausalismo bilateral de Josserand (*siamésico*), el neocausalismo sincrético de Capitant (*criatura con dos cabezas*), *y* el neocausalismo hipersincrético (*causa espejo*), que no por unir o mezclar teorías falsas e inútiles vamos a obtener resultados plausibles, todo lo contrario, resultan ser más arbitrarias y abstractas que sus troncales fuentes doctrinarias.

Capítulo VIII
ACTO O NEGOCIO JURÍDICO

1. Introducción. 2. ¿Acto o Negocio Jurídico? 2.1. Códigos Extranjeros. 2.2. Antecedentes Legislativos en el Perú. 3. En Torno a la Libertad Civil y la Libertad Política. 4. La Libertad en el Marco de un Derecho Individualista y Liberal: a). Revolución Inglesa. b). Revolución Norteamericana. c). Revolución Francesa. 5. Sustrato Ideológico. 6. Impacto en la Teoría del Acto Jurídico. 7. El Estado Social de Derecho. a). El Constitucionalismo Neoliberalsocial. b). El Constitucionalismo Marxista. c). El Constitucionalismo Corporativo, d). Lineamienros Ideológicos Comunes. 8. Tres Generaciones de Derechos. 1º Derechos de la Primera Generación. 2° Derechos de la Segunda Generación. 3° Derechos de la Tercera Generación. 9. Balance Parcial. 10. De los Efectos Jurídicos. 1° El Positivisrno. 2° Escuela Iusnaturalista. 3° Escuela Sociológica. 4° Posición Personal. 11. Teoría del Acto Jurídico. 11.1. El Hecho Jurídico. 11.2. Hechos Humanos. 11.3. El Hecho Jurídico y el Acto Jurídico. 11.4. Análisis de las Críticas Endilgadas a la Teoría del Acto Jurídico. 12. - El Concepto Del Negocio Jurídico. 12.1. Primera Versión del Negocio Jurídico desde la Perspectiva Clásica Pandectista. 12.2. Segunda Versión del Negocio Jurídico entendido como Supuesto de Hecho (*Fattispecie* O *Tatbestand*). 12.3. Tercera Versión de la Concepción del Negocio Jurídico. 12.4. De los Efectos Jurídicos. 12.5. Hecho Jurídico y Supuesto de Hecho. 12.6. De la Noción del Negocio Jurídico frente al Acto Jurídico en el Derecho Civil Peruano. 12.7. Acto Jurídico desdo la Perspectiva del Negocio Jurídico. 13. Conclusiones.

1. INTRODUCCION

Hasta este momento ya tenemos idea cabal en torno a lo debatido sobre la causa jurídica y el negocio jurídico. Es decir, la causa jurídica no sólo en el sentido de aplicación de las leyes físicas

a la naturaleza, y que Aristóteles tan bien las agrupó en cuatro categorías: causa-fuente, causa-material, causa-formal y causa-final, que tienen que estar siempre presentes en todos los fenómenos de la realidad, sino también nos referimos en concreto a la causa-clásica-pedigree, causa-psicológica-freudiana, y hasta a las causas unitarias neocausalistas (bilateral y sincrética) pasando por la causa-función-espejo o causa-función económico social, hasta desembocar en la causa *hipersincrética.*

Hemos visto cómo el problema principal de la causa no consiste en el nombre causa, sino en el apellido. Es decir, tenemos una causa *clásica*, otra causa *psicológica*, *una* causa *neocausal bilateral*, causa *neocausal sincrética*, causa-función socioeconómica, causa *hipersincrética*, etc. El problema está en el apellido, es decir, en la especial fisonomía que asume la causa para determinadas escuelas y doctrinas quo pretendan arrogarse el monopolio de la verdad.

Veámoslo brevemente. Bueres[481] explica que la causa posee una doble significación: en su aspecto objetivo o inmediato la causa es el propósito común y recíproco de las partes o agentes, de obtener el cumplimiento íntegro de los planes de prestación supuestos *ad initio*: la causa es el canje de atribuciones o de ventajas patrimoniales, de modo que la finalidad objetiva es unitaria, repetida y uniforme, que posee calidad de abstracción y es categórica o tipificante y jurídica en cuanto está regulada por el derecho. La causa se patentiza cuando se celebra un acto jurídico, en su faz genética y perdura durante toda la vida del negocio.

Tenemos entonces la causa clásica entendida como el libre juego de las contraprestaciones, donde cada obligación es la razón o fundamento directo e inmediato de la obligación de la contraparte,

481 BUERES, 1995. pp. 304 y ss.

constituyendo el sinalagma o *pedigree* que debe ser analizado -a no dudarlo- desde la perspectiva genética (sinalagma genético) y la dimensión funcional (sinalagma funcional, figura aportada por Capitant), las cuales beben del mismo hontanal doctrinario mas en períodos participativos distintos.

Es necesario aclarar que la causa clásica *pedigree* como canje de prestaciones o atribuciones o ventajas patrimoniales no hace sino malinterpretar a partir de los análisis de sus inventores, Domat y Pothier, los textos romanos clásicos, como lo revisamos en el capítulo correspondicnte.

Los defensores de esta teoría manifiestan que esta causa tiene una fructífera función instrumental, en su aspecto objetivo, ya que constituye una herramienta importante a modo de utiliaje valioso de protección individual, porque mantendría la equidad contractual. La causa serviría entonces, según esta postura, para fundamentar en ella el pacto comisorio[482] (cláusula para rescindir contratos ante incumplimiento de obligación de una de las partes), o figuras como la resolución de los contratos por incumplimiento, excepción de contrato no cumplido, teoría de la imprevisión, imposibilidad de pago, etc.

Sin embargo, aclaremos que tanto el pacto comisorio o la resolución de contrato por incumplimiento de obligaciones en el marco de la responsabilidad civil contractual, así como las demás figuras reseñadas, tienen su fuente en Roma. Recordemos la "*exceptio non adimpleti contractus*" (excepción de contrato no cumplido), o el "*rebus sic stantibus*" (excesiva onerosidad en la prestación o teoría de la imprevisión), o imposibilidad de pago, etc. para concluir que

482 El pacto comisorio es una cláusula contractual que permite a cada una de las partes la rescición -o resolución según nuestra legislación- del convenio si no cumple el otro obligado. (Cfr. CABANELLAS DE TORRES, 1993, p. 230.)

dichas categorías tienen su base en la causa etiológica o fontanal, de modo que de muy poco serviría basar su fundamento en la causa clásica, que sólo constituiría una inútil reproducción del fundamento de estas figuras en otras bases.

De la misma forma, tales situaciones no sólo responderían a una causa fuente, sino también serían fiel reproducción de la misma naturaleza sinalagmática de los negocios (tratándose de los bilaterales), o de la símil causa etiológica de los negocios unilaterales onerosos, donde no nace la obligación de entregar un bien, mientras el acreedor no lo entregue; o confundiéndose incoherentemente esta causa objetiva tipificadora y categórica con el motivo o *animus donandi en* los negocios gratuitos.

Ahora bien, este juego de contraprestaciones o trueque de valores o atribuciones patrimonial que viene a constituir el fundamento de la causa clásica *pedigree*, responde también a la misma esencia del derecho, cual es la relación de alteridad. "Dijimos -nos diría Bidart Campos[483]-que ningún jurista y ningún filósofo del derecho que admitan el derecho subjetivo puede negar que en él hay, constitutiva y esencialmente, una relación de alteridad, una intersubjetividad, entre un sujeto activo y uno o más sujetos pasivos. Esa relación va del primero a los segundos, y hace de nexo o vínculo entre ambos, reciprocando al derecho subjetivo con un débito obligacional."

De modo que Domat y Pothier, y la consecuente doctrina objetiva, que reputa a la causa como la gran invención del siglo XIX, no es más que un engendro jurídico en el que se confunden categorías muy superficialmente, sin entender que es la propia naturaleza de alteridad del derecho la que brinda suficiente andamiaje para

483 BIDART CAMPOS, 1991, p. 137.

sostener su esencia, la misma que podría resolverse a través de las figuras del objeto y el consentimiento del acto o negocio jurídico.

De lo contrario, ese nexo o vínculo, del que habla Bidart -y que para los causalistas consiste en la causa jurídica- sería naturalmente una reproducción insana de la misma naturaleza del derecho *in totum*, siendo denominado en las esferas del derecho privado causa jurídica, mientras que en el derecho público, seguiría siendo una relación de alteridad,

De esta forma la causa clásica *pedigree* muy bien puede ser rotulada también de *causa-espejo*, porque constituye un reflejo tanto de la causa fuente, del objeto, de la voluntad y hasta de la misma naturaleza sinalagmática de los negocios y de la relación de alteridad del derecho. Sin embargo, tal rótulo lo reservamos para las teorías objetivas de la causa función socioeconómica a analizar posteriormente.

Entonces nos encontramos ante un dislate de la teoría clásica. Por su parte Bidart Campos (1901) diría desde la órbita constitucional:

> Cada vez que pensamos racionalmente en algo como un derecho subjetivo de alguien (el hombre titular, o sujeto activo de ese derecho) tenemos necesariamente que pensar en el inescindible puente que une a ese derecho (y a su titular) con una obligación (de un sujeto pasivo), y recorrer la relación intersubjetiva (de alteridad) para captar unitariamente la reciprocidad que se enuncia así: 'derecho subjetivo-obligación', 'sujeto activo-sujeto pasivo'. Si hay un *suum cuique*, un 'lo suyo' que tipifica el derecho subjetivo, tiene que haber una obligación correlativa. *Ius et obligatio sunt correlata*, se dice en latín: a todo derecho subjetivo corresponde "una obligación... La relación de alteridad y la correspondencia entre derecho subjetivo y obligación

> ofrece un amplísimo horizonte, en el que el iusfilósofo y el jurista deben moverse con mucha prudencia, porque de no ser así hay riesgo de incurrir en dislates. (pp. 137 y 138).

A nuestro modo de ver, una de las principales impetraciones que se pueden endilgar a la noción clásica *pedigree* de Domat y Pothier, puede muy bien transitar a través del "*ius et obligatio sunt correlata*" (a todo derecho corresponde una obligación), de total claridad, con el fin de no volver a incurrir en el dislate en el que incurrieron sus inventores.

De la misma forma, los propugnadores de la concepción clásica refieren que desde el punto de vista inmediato y objetivo, esta causa tendría una importante función caracterizadora o tipificadora, puesto que serviría para incluir en los códigos los contratos típicos y por ende controlar la atipicidad protegiendo o descalificando negocios jurídicos.

Vale decir que la función que desempeñaría la causa clásica sería la de catalizador jurídico de los negocios o de ordenador o clasificador de los mismos. Desde todo punto de vista, ésta representaría una pobre utilidad, una función barata y de la misma forma, un alto precio a pagar al insacular su élan en la estructura negocial, por lo que no ameritaría convertir la causa objetiva en un elemento indispensable dentro de la estructura del acto jurídico con el único fin de que sirva de tamiz de los negocios típicos o atípicos. Y esto porque dicha función tipificadora puede alcanzarse mediante el estudio de las mismas estructuras de los tipos contractuales que guardan identidad entre sí, sin necesidad de acudir a nociones falsas e inútiles, pretextando funciones que logren brindar una utilidad a una moribunda concepción.

De allí se derivaría su presunta función instrumental en la validez de los actos jurídicos, por cuanto serviría únicamente para invalidar negocios en los que falte la causa o esté ausente, mas no en los referentes a la causa ilícita.

No olvidemos, por otro lado, que el anticausailismo se erigió como un movimiento que puso en tela de juicio la importancia y trascendencia de la causa clásica, reputándola como una noción falsa e inútil. De allí el neocausalismo propondría dirigir la atención a otro tipo de causa menos objetiva y legalista: la causa final encajada en los motivos psicológicos conocidos, concretos y determinantes de la voluntad.

Bajo este esquema nace el discurso de la causa psicológica *freudiana*, por la que en los *contratos onerosos* la causa siempre estaría completada por los móviles o motivos causalizados, los que adquirirían jerarquía causal. Estos móviles serían intrínsecos con respecto a la figura, mudables y hasta plurales, a diferencia del riguroso unitarismo que imperó en la causa inmediata y objetiva (ya que la causa inmediata u objetiva es unitaria). Por su parte, en los *contratos gratuitos* o actos jurídicos gratuitos, la causa estaría representada por el *animus donandi*, el propósito de efectuar la liberalidad y los motivos con jerarquía causal.

Los motivos causalizados van a ser más frecuentes en los actos gratuitos, en vista de que existe una dación sin correlato atributivo: amor, afecto, simpatía, retribución de atenciones, etc., pero no es imprescindible incluso que en los actos gratuitos existan esos móviles, puesto que el propósito abstracto de efectuar una liberalidad bastaría para erigirse en elernento caracterizador, en elemento tipificante del acto jurídico. El móvil para ser significante, para ser causalizado, tendría que estar exteriorizado, debería ser esencial y en

los contratos bilaterales o contratos unilaterales onerosos, debería ser aceptado por la otra parte de manera expresa o virtual.

De esta forma, los neocausalistas psicológicos piensan que desde la faz subjetiva, la causa tendría una función imperativa o regla moral, ya que el móvil no sólo sería un instrumento de defensa social, sino también de protección individual, pues el error sobre los móviles causalizados cuando es excusable, excluiría la intención y por lo mismo impediría el nacimiento del fin tipificante, del inmediato; sin embargo, con esto no quedaría excluída la teoría del error en relación con este tipo de causa.

Ahora bien, con toda claridad podemos cornprobar cómo es que la atendida defensa social del negocio bajo la causa ilícita se realiza a través de elementos que compiten con esta noción causal, tales como el orden público, la moral y las buenas costumbres, etc., sin acudir al importante rol que desempeña el objeto del acto jurídico entendido en su ancha significación (ya revisado en el título correspondiente), por lo que su utilidad no sería del todo imprescindible.

Por otro lado, la defensa individual de los actos jurídicos a través de la causa falsa, no es tal si se reenvía la atención a la teoría del error en el motivo, como lo veremos en el capítulo correspondiente al error, el artículo 205 del Código Civil Peruano de 1984 regula la institución del error en el motivo con la secuela de la anulabilidad del negocio sin necesidad de referirse a la pretendida causa final *freudiana*, subjetiva, psicológica, concreta y doterminante.

Asimismo, el móvil causalizado gozaría de importancia en el plano funcional a través de figuras jurídicas diferentes a la causa psicológica, tales como el supuesto, la condición, el cargo o modo, etc.; y es que no se trata de negar un elemento tan importante de la gestación de la voluntad como es el móvil, sino simplemente de colocarlo en su verdadero lugar, sin atribuirle funciones

extraordinarias o taumatúrgicas que no las tiene ni debe tenerlas, salvo que se quiera desquiciar al derecho.

Como vemos, la causa móvil no tiene una estructura independiente, su utilidad requiere adosarse a otras estructuras, a otras figuras, convirtiéndose así en una fuerza repetible, y por ende prescindible.

Veamos ahora un caso fallado por la Corte de Apelaciones de 1903, planteado por Bueres (1955), para entender cómo juega el rol de la causa psicológica en la estructura negocial: Para presenciar la coronación del rey Eduardo VII, se alquilaron balcones para el 26 de junio de 1902, pero el desfile se suspendió por enfermedad del rey. En este asunto, el actor demandó la devolución de 100 libras entregadas a cuenta del precio y la corte desestimó la demanda, estimando la contrademanda por el saldo del precio del canon locativo, ya que el contrato se había perfeccionado antes del evento frustratorio.

En otro caso decidido por la misma Corte se cambió de criterio por cuanto el inquilino pagó 25 de las 75 libras acordadas, con la condición de pagar el resto a la tenencia del objeto. Frustrada la ceremonia, el propietario del inmueble reclamó el saldo (50) mientras que el inquilino reconvino por los 25, dando lugar el juez a la contraprestación por medio del cual se devolvían las 25 libras, decisión confirmada en apelación, porque se estimó que la realización del desfile era el fundamento del contrato.

En estos dos casos podemos comprobar cómo el móvil exteriorizado y puesto en forma de condición, asume importancia sin necesidad de referirnos a la teoría de la causa subjetiva psicológica: La realización del desfile era el móvil significante, era el móvil causalizado, que, de no haber estado en la representación de las partes, la ley objetivamente no lo hubiera incorporado, a los efectos de que las partes pudieran desligarse de él.

Es decir, tanto la causa fuente como la causa final (emparentada a la causa móvil), van a tener importancia no sólo en el mundo físico, sino también en el universo histórico, moral y jurídico. No podemos borrar la influencia de leyes que ya Aristóteles y los científicos las sistematizaron, y hasta las filosofías de todos los tiempos las reconocen. Pero lo que resulta inútil es querer convertir tales elementos en una estructura única que a modo de requisito integrante de la estructuría elemental del negocio le dé configuración al mismo.

Por ejemplo, la causa etiológica o fuente tendrá importancia no sólo en los aspectos intrínsecamente vinculados a la estructura de las normas (supuesto-condición, resultado), sino también en todas aquellas estructuras donde la causa fontanal tenga su principal ulilidad. No obstante, éste no fue el pensamiento de los creadores de la teoría objetiva, los que pretendieron ver la causa final jurídica no en la causa fontanal física o filosófica sino en una nueva noción jurídica que brinde contextura al acto, sin reparar que lo que hacían era reproducir categorías jurídicas. De igual forma, la causa móvil, de clara similitud con la causa final aristotélica, pretende incardinarse en la estructura negocial como un elemento diferente de la voluntad, cuando muy bien el móvil es un aspecto indispensable e infaltable de toda manifestación de voluntad, como una característica de toda declaración de voluntad.

Finalmente se manifiesta que la utilidad de la teoría de la causa clásica *pedigree* funcionaría para invalidar negocios con causa ausente, mientras que la causa subjetiva *freudiana* serviría para invalidar actos con causa ilícita, por lo que su integración en una categoría unitaria se haría indispensable, y es ésa la postura del neocausalisrno moderno a través de la postura bilateral (que considera dos nociones de causa) o de la sincrética (que equipara causa con la noción clásica

pero mejorada, identificándola algunas veces con el móvil causalizado para resolver problemas de ilicitud negocial).

Por lo que vemos, ninguna de las nociones objetiva o subjetiva, por separado, pueden explicar el problema en cuestión. No son capaces de mantener una posición coherente y orgánica que justifique el discurso que pretende erigir a la causa en un elemento esencial del negocio. El problema consiste en que tanto la teoría subjetiva, o la objetiva, adolecen de insuficiencias al tratar de explicar o la causa ausente o la causa ilícita, por lo que necesariamente tienen que echar mano de posturas sincréticas o eclécticas.

Y "lo que es esencial y constitutivo no puede nunca estar ausente, porque si lo estuviera, ya también lo estaría el ser de que se tratará, al faltarle un elemento propio de su esencia o naturaleza."[484] Lo que quiere decir, que si este elemento causal fracasa en algunos extremos, entonces no es elemento esencial, razón por la cual la doctrina llega al desesperado recurso de unir los dos extremos para suplir o parchar las circunstancias lagunosas. Sin embargo, la solución no consiste en poner en la cama dos enfermos para sacar a uno sano, sino en descubrir su verdadera enfermedad y proponerle un remedio por más radical que éste sea.

Asimismo, es necesario adelantar que el concepto de *función social* que se estudiará en el presente capítulo dista mucho de aquel otro que utilizan las teorías italianas de corte objetivista que hacen de la función socialemente relevante, función social, función económico jurídica, función jurídica, función socio económica, etc. un elemento esencial de la estructura del negocio. Insistiremos en ello, porque aunque se usen los mismos términos no se refieren, a veces, a lo

484 BIDART CAMPOS, 1991 p. 28.

mismo, aunque se pretenda al final hacer de esta función social, con su multiplicidad ínsita, un elemento estructurante.

Esto es, en apretada síntesis, el panorama contextual de la causa en sus versiones clásica-objetiva y neoclásica subjetiva. Bástenos ahora, aunque ya lo hemos visto brevemente en capítulos anteriores, una breve referencia a la causa-función, la misma que, se dice, tiene importancia en la elaboración del concepto de negocio jurídico, para diferenciarlo así del de acto jurídico. De esta forma, y para justificar la utilización equiparada de ambas estructuras a lo largo del presente estudio, es necesario hacer un escarceo doctrinario que nos anoticie su fisonomía, es decir, a qué tipo de abstracción teórica estamos aludiendo: a la del acto o del negocio jurídico.

2. ¿ACTO O NEGOCIO JURÍDICO?

Si bien es cierto que el tema que convoca nuestra atención se refiere a la causa jurídica, no es menos cierto que el deslinde entre acto jurídico o negocio jurídico es muy importante para comprender cuál es la participación de la noción la causa -y sobre todo la de causa función- en una u otra institución. Veamos los antecedentes legislativos en el Perú.

2.1. Códigos Extranjeros

Es menester aclarar que en Roma no se contó con una teoría general del acto jurídico por cuanto -como dice Vidal Ramírez[485]- los jurisconsultos romanos no eran afectos a las abstracciones sino a la consideración de los casos concretos para definir las situaciones merecedoras de protección jurídica. Sin embargo, la teoría del acto jurídico es obra de la doctrina posterior a la promulgación del Código Napoleónico de 1804.

485 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 15.

Por su parte, el Código Civil Alemán, promulgado en 1896, vigente desde el 1º de enero de 1900, a diferencia del Código Francés de 1804 legisla sobre el negocio jurídico, influyendo en los códigos del siglo XX.

De su lado, el Código Civil Italiano, promulgado el 16 de marzo de 1942 y vigente desde el 21 de abril del mismo año, no incorpora el concepto de negocio jurídico a su articulado, legislando sobre el contrato cuyas normas pueden regir los actos unilaterales *inter vivos* con contenido patrimonial, según su artículo 1324.

Asimismo, España no emplea el término "negocio" en su Código, sino el de "acto", sin embargo, la doctrina está notoriamente influida por la teoría del negocio jurídico.

Revisemos enseguida cuál es la evolución legislativa peruana.

2.2. Antecedentes Legislativos en el Perú

Recordemos que el Código Civil Peruano de 1852, promulgado el 29 de diciembre de 1851, que entró en vigencia el 29 de julio de 1852, tiene -para algunos autores- marcada influencia del Code Napoleón de 1804, por lo que ignora la teoría del acto jurídico (no olvidemos que esta teoría es una construcción de la doctrina posterior a la promulgación del mencionado Código).

Después de más de ochenta años, el 14 de agosto de 1936 se promulga el nuevo Código Civil que entra en vigencia el 14 de noviembre del mismo año. Dicho Código adoptó la teoría general del acto jurídico dentro del Derecho de Obligaciones, sin embargo, su influjo no se parametra a las obligaciones que son objeto de los contratos, sino que se ocupa del acto como un hecho jurígeno lícito capaz de engendrar relaciones jurídicas que no colisionen con el orden público.

Por su parte, la propuesta de Manuel Augusto Olaechea[486] era la de incluir el concepto de acto jurídico en la sección primera del libro quinto, en el sentido siguiente: "Son actos jurídicos los actos voluntarios y lícitos que tengan por fin crear, modificar, tranferir, conservar o extinguir derechos", que concordaba con el artículo 944 del Código Argentino de Velez Sarsfield (promulgado en 1869, vigente el 1º de enero de 1871) que dice:[487] "Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos"; y que armoniza también con el artículo 81 del Código Civil Brasileño preparado por Clovis Becvilacqua, promulgado en 1916 y vigente desde 1917 (con notoria influencia del Código Civil alemán de 1900), que *ad pedem* define el acto jurídico como: "Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos."

Sin embargo, dicha norma propuesta por Olaechea no fue sancionada legislativamente, pero da indicios de que la noción de acto jurídico que quedaba impresa en la codificación civil Peruana, tomó encarnadura normativa por el influjo del civilismo argentino y brasileño.

En el actual Código Civil de 1984, de marcada influencia del Código Italiano de 1942, fue promulgado el 24 de julio y vigente desde el 14 de noviembre del mismo año, desarrolla la teoría general del Acto Jurídico de un modo orgánico en el Libro II, seguido del libro de personas, lo que también es indicativo de la suma importancia que adquiere para el derecho común.

---

486 Cfr. VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 24.

487 Código Civil de la República Argentina, actualizado por el Dr. Alejandro Borda, La Ley, 1990, p. 201.

Como vemos, en la legislación Peruana el Código Civil de 1852 tiene influencia francesa, el de 1936 es de influjo brasileño y argentino, mientras que el de 1984 tiene sabor al Código italiano de 1942, sin descuidar la inveterada influencia argentina y brasileña en materia de acto jurídico. Es decir, el Perú siempre ha copiado códigos extranjeros, ha importado ideas, se ha arrimado a teorías novedosas y rimbombantes, en nuestra sangre tenemos la tradición de que lo extranjero es mejor que lo nacional, la tradición de copiar modelos, aunque no se ajusten a nuestra realidad, la tradición de mimar todo concepto nuevo y brillante, en otras palabras, tenemos afición o adicción por el hurto intelectual de todo lo novedoso y extranjero aunque no se ajuste a nuestra realidad. Esto ocurrió con las teorías del acto jurídico, de la causa en sus más variadas vertientes y ahora con la del negocio jurídico. Paramos plagiando, copiando, calcando modelos, siempre repitiendo, nunca leyendo nuestra realidad; nos cuesta ser creativos, críticos, analíticos de nuestra perspectiva, seguimos cayendo en la comodidad de aceptar todo por ser extranjero, nos dejamos seducir por todo lo que no sea nacional, brindamos un culto demiúrgico a lo extraño, lo foráneo, lo hieraitizado, aún a costa de desquiciar nuestras leyes. La historia de las leyes en el Perú, es la historia del calco y del transplante.[488]

488 Ya Engels lo diría refiriéndose a las leyes de la economía política: "Quien quisiera subordinar a las mismas leyes la economía política de la Tierra del Fuago y la de Inglaterra actual, evidentemente no produciría sino lugares comunes de la mayor vulgaridad"; (Ver HAYA DE LA TORRE, 1905a, p. 23) y luego continúa Haya diciendo: "Pues bien, entre la Tierra del Fuego e Inglaterra no sólo existen abismales diferencias en las formas de producción y cambio. Hay más: hay dos meridianos de civilización y un extenso continente que ofrece, entre esos dos puntos extremos, diversos grados de evolución, a los que corresponden leyes particulares que debe descubrir y aplicar la economía política. Y no sólo 'producirá lugares comunes de la mayor vulgaridad' quien pretenda ajustar a las mismas leyes las realidades económico-sociales de la Tierra del Fuero y de Inglaterra, sino también quien intenta identificar las leyes de ésta con las de cualesquiera de los veinte Estados que quedan inmediatamente al norte de la Tierra del Fuego... Saber que entre la Tierra del Fuego -parte de Indoamérica-, e Inglaterra -parte do Europa- hay una serie de fases de la producción

Pero con ello no queremos significar, tampoco, el rechazo total a las teorías y regresar a las hachas y las plumas o al derecho indiano o incaico, nada más lejos de la verdad. Las teorías extranjeras son sólo métodos de análisis, referentes, antecedentes, no son recetas o verdades reveladas, son sólo instrumentos que pueden ayudarnos a entender nuestra realidad, no son dogmas que hay que transplantarlos.

No obstante, antes de estudiar en qué consiste la teoría del Acto Jurídico y la del Negocio Jurídico para poder entender sobre qué planos estamos trabajando con respecto a la teoría de la causa -en especial la causa-función-, debemos analizar el clima en torno al cual se gestó la teoría del acto jurídico, en términos históricos, sociales filosóficos y jurídicos y cómo evolucionaron estas concepciones en la historia de la humanidad.

---

y del cambio que hace utópico todo intento de aplicación de las mismas leyes económicas y sociales de esas dos zonas del mundo. Reconocer que la relación do Espacio y Tiempo para apreciar esas fases o grados de evolución es imperativo. Y admitir que, siendo las realidades diversas, diversos han de ser sus problemas y por ende, las soluciones. En síntesis, ubicar nuestro problema económico, social y politico -*jurídico diríamos nosotros*- en su propio escenario y no pedir de encargo para resolverlo, doctrinas o recetas europeas como quien adquiere una máquina o un traje... **No reincidir en la palabreja demagógica**..."

Es cierto que esla sepultante admonición está referida a las leyes económicas, históricas, sociales y políticas, pero también son aplicables al mundo del derecho, ya que éste no permanece ajeno a las realidades extrajurídicas, porque el mundo jurídico se compone -como ya lo dijimos- no sólo de conceptos, de principios, de valores o de normas, sino también de hechos, de estructuras sociológicas mudables, cambiantes, que nacen en función de cada realidad socio-jurídica y es lamentable el copiar sin ningún reparo, traer recetas congeladas, ortodoxas, acartonadas que responden a otras realidades sin conocer bien la nuestra, hipotecar nuestra conciencia jurídica ante sempiternos malabarismos intelectuales, aglutinar nuestras perspectivas en prestidigitaciones brillantes sin comprender que -con Einstein- la realidad es relativa y el conocimiento, absoluto. (Ver nuestro libro "La Tiranía del Derecho", Lizarraga, 1996. pp. 235 yss.)

3. EN TORNO A LA LIBERTAD CIVIL Y LA LIBERTAD POLÍTICA

El acto jurídico entendido, de acuerdo al numeral 140 de nuestro código substantivo peruano, como la manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas, es una expresión de la autonomía de la voluntad, la que constituye un principio no escrito, subyacente del mismo acto jurídico que es una fuente de relaciones jurídicas.

De esta forma la autonomía de la voluntad viene a ser un principio general no escrito del Derecho in totum, implicando un reconocimiento a la libertad individual y su correspondiente tutela jurídica[489]. De ahí que la libertad constituya un presupuesto imprescindible de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, Vidal Ramírez (1990b, p. 49) piensa que esta libertad debe asumirse con una amplia connotación política. A este respecto debemos manifestar que dicha libertad no puede se interpretada como una libertad política sino como libertad civil. Con referencia a este tema veamos algunas aclaraciones.

Es corriente escuchar la afirmación de que, en el antiguo mundo grecorromano, existió libertad política (de participación), mas no libertad civil (de autonomía), y que la libertad civil devino en el siglo XVIII. Y es que en Roma prevalecía el simbolismo y el formulismo, dejando poco espacio a la autonomía de la voluntad. Posteriormente se daría cabida al consensualismo (*solus consensus obligat*), destacándose la fuerza de la voluntad como potencia creadora, aunque precisándose la consignación por escrito de sus declaraciones, cobrando por ello relieve los "fórmularios" contractuales.[490]

489 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 49.

490 VIDAL RAMIREZ. Op. Cit. p. 50.

Posteriormente, ya dentro del mundo moderno, se juega con dos discursos legitimadores que explican la situación: *el cronológico*, que piensa que en la época moderna, primero existía libertad política, y luego devino la libertad civil; y *el discurso racional*, que explica que primero fue la libertad civil y luego la política. A este respecto, dentro del discurso racional "si la dignidad de la persona humana reclama su instalación política en un régimen de libertad, puede decirse que la aplicación de la libertad personal a lo político -como libertad política o de participación- adviene como secuela de aquella dignidad personal."[491] Con ello se intenta afirmar que la libertad civil existía como exigencia de la propia dignidad personal, la que demandaba asimismo un reconocimiento político que la hiciera viable históricamente hablando.

Nosotros pensamos, sin perjuicio de lo manifestado, que las fuerzas societales llegaron a un estado de madurez socio-económica, en atención a la especial fisonomía de la detentación de los medios de producción y las relaciones de producción, que generaron una estructura económico-social distinta de la economía feudal. El nuevo esquema social, con la nueva clase social emergente (burguesía), reclamaba libertad política, por cuanto racional y fácticamente existía libertad civil, ya sea enancando ésta en la dignidad de la persona o en las fuerzas socioeconómicas emergentes.

De todo ello, la libertad política, la conquista del poder por esta clase social, y el ordenamiento jurídico correlativo, no serían sino una expresión fidedigna de sus aspiraciones, de sus demandas socioeconómicas, por lo que la libertad política consituyó un reconocimiento de la libertad civil.

491 BIDART CAMPOS, 1988, p. 121.

En el siglo XVIII, las fuerzas sociales, materialmente exigían libertad política que reconozca su libertad civil, de modo que históricamente la libertad política conquistada fue la herramienta que dio andamiento a la libertad civil, quo tuvo primacía racional. De esta forma, mediante la participación política de los ciudadanos se aseguraba las libertades individuales disminuidas, suprimidas o amenazadas.

De la misma forma, Bidart continúa manifestando:[492] "En la antigüedad, la libertad política sin libertad civil no pudo ser -racionalmente- una consecuencia de la prioridad racional de la libertad de autonomía, porque ésta no figuraba en las valoraciones sociales de la época; en la era contemporánea, la libertad política aparece como proyeción racional de la libertad civil, pero cronológicamente -en cambio- se nos muestra como instrumento que abrió paso a la libertad civil. No es contradictorio: la imagen social de la libertad capta valorativamente como dotada de primacía a la libertad civil, pero para fenomenizarla sociológicarnente en el régimen político preciso, previamente, ejercer la libertad política. Y es el acceso a los derechos propios de la libertad política el que, -desde la burguesía en ascenso- permitió edificar embrionariamente a la democracia liberal basada en la libertad civil."

De esta forma, contemporáneamente, la democracia liberal anida en su seno tanto a la libertad política-participación (que va más allá de la exigencia del voto o la participación en el gobierno), y la libertad-autonomía. "Perfeccionando la noción de que la libertad es una situación social histórica, creemos quo la libertad históricamente situacional en la democracia de nuestro tiempo es valorada como

492 BIDART CAMPOS, 1988, 122.

conjunción de libertad civil y libertad política, por lo que faltando cualesquiera de ellas -o las dos- no hay democracia."[493]

Entendiendo esto, no cabe más que reafirmar que la libertad, presupuesto de la autonomía de la voluntad, es una situación histórico-social, es una institución que tiene que ver con la dignidad de la persona, con los derechos humanos, con la estructura socioeconómica, con las clases sociales, con el Estado y el Derecho que de algún modo representan la expresión de esa clase social. De todo ello se nos representa imprescindible estudiar también las corrientes que motivaron la gestación de la revolución burguesa del siglo XVIII, entrever sus causas, su filosofía, la ideología reinante, etc. y no sólo eso, sino atisbar cómo ese pensamiento fue cambiando o, en todo caso, acomodándose a la historia y a las nuevas demandas socio-históricas.

Esto es profundamente importante, porque el derecho, tanto civil como privado, no es un ente autónomo, no responde al capricho de los juristas quienes son sólo sus intérpretes y sistematizadores -y que muchas veces no siguen los pasos raudos de la versátil realidad-, es trascendente rescatar el sentido histórico del derecho, verlo como una herramienta que ayuda al hombre y no al contrario, sin olvidar también que, en rnérito a ello, el acto jurídico y su fisonomía será el resultado de la concepción de su tiempo, de la filosofía de su espacio-tiempo, de las nociones que se manejan en su entorno.

Bidart Campos[494] nos aclararía: "Ahora vamos a dedicar un párrafo al factor socioeconómico; muy lejos estamos de plegarnos a la filosofía marxista que predica la determinación de las llamadas 'superestructuras' por la 'infaestructura' económica. Pero sin llegar a ese extremo, ningún politólogo serio puede desconocer actualmente

493 BIDART CAMPOS, 1988, p. 132.

494 BIDART CAMPOS, 1988, p. 250.

que el factor económico juega una influencia preponderante en el sistema político, tanta y tan intensa que el drama de nuestras sociedades en desarrollo, o subdesarrolladas, se enreda fundamentalmente -aunque no exclusivamente- con nuestras economías de similar naturaleza." Huelga mayor comentario aclaratorio de esta antológica sentencia confirmatoria de nuestro pensamiento.

Por otra parte, algo que nos preocupa sobremanera es comprobar cómo los juristas que defienden la teoría del acto jurídico atacan al negocio jurídico viéndolo sólo en su elaboración pandectística alemana de comienzos del siglo XX, y sorpresa también nos causa cuando los doctrinarios defensores de la teoría del negocio jurídico envían sus más furibundos ataques contra la teoría del acto jurídico estudiándolo en su faz primigenia, en su cuna matriz, en su posición acartonada y dieciochesca.

Ambas posturas son incorrectas, ya que la confrontación de ambas teorías debe darse por el lado de comprender la evolución conceptual de ambas abstracciones sin desligarnos de su realidad basamental, de la estructura socioeconómica, de la fuente estructural e histórica, así como de las ideologías y filosofías en torno: Ver cómo esas nociones -tanto de acto como de negocio jurídico- evolucionan con el tiempo y con la historia. De lo contrario será muy fácil reducir cualquier teoría del acto jurídico si nos atenemos sólo a su estigma primitivo, o aniquilar el negocio jurídico sin comprender su desarrollo durante el siglo pasado y sólo encorsetando la atención en su estadio primigenio. Para ello, veamos la evolución del derecho con respecto a las categorías mencionadas.

4. LA LIBERTAD EN EL MARCO DE UN DERECHO INDIVIDUALISTA Y LIBERAL

Es importante recalcar que la teoría del acto jurídico no es una emanación mecánica de la codificación francesa de comienzos del siglo XIX, sino una construcción dogmática de la doctrina francesa posterior a la vigencia del Code Napoleón de 1804. De ahí que quepa escudriñar la atmósfera sociológica e ideológica alrededor, lo que será importante también para comprender el sustrato iusfilosófico de la noción de causa vinculada al acto o negocio jurídico, según corresponda.

For su lado el jurista argentino Néstor Pedro Sagüés[495], explica que durante los siglos XVII, XVIII y XIX, se dieron tres grandes revoluciones que estuvieron al servicio del tercer estado, estado llano o burguesía, conformada por comerciantes, industriales, profesionales, clase media alta, etc., a partir de su triunfo sobre el primer estado: el rey y la aristocracia; y el segundo estado: el clero. Veamos estos estadios:

a) Revolución Inglesa

Ocurrida en el siglo XVII, que produce el *Agreement of the people* (pacto popular), en 1647, y especialmente, el *Instrument of Government* (1653), de vigencia durante cuatro años. En 1689, se dictó el *Bill of Rights* o Declaración de Derechos, que junto con la *Petition of Rights de* 1620, la *Magna Carta* de 1215, el *Act of Settlement* (Acta de Establecimiento de 1701) y otros documentos, forman la parte esencial do la actual Constitución *inorgánica* inglesa.

495 SAGUES, 1993. pp. 3 y ss.

b) Revolución Norteamericana

Se dió en 1776, produciendo la constitución federal de 1787, que junto a las enmiendas posteriores, constitutye la primera constitución moderna en el sentido conocido del término.

c) Revolución Francesa

Iniciada en 1789, que instala la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (27 de agosto de 1789) y la Constitución de 1791.

Sin embargo, revisemos ahora cuáles fueron los sedimentos ideológicos en torno a estas revoluciones burguesas.

5. SUSTRATO IDEOLOGICO

Sagüés[496], manifiesta que la burguesía elabora una doctrina de autolegitimación filosófica, política, jurídica y económica (ideología individualista y liberal), que propiciaría la sanción de ciertas leyes supremas (las Constituciones) destinadas a afianzar, de modo solemne y sólido, el nuevo estado de cosas. Estudiemos ahora cuáles son las bases ideológicas fundamentales:

a) Hobbes cree en la sociedad posesiva de mercado. El hombre es básicamente malo: lobo para el hombre *(homo homine lupus*). De esta forma piensa que en una sociedad civilizada se sustituye al apetito primitivo de destrucción de todo hombre hacia su semejante, por el de acumulación ilimitada de riquezas. Cree que todo tiene su precio y puede venderse; justo es *lo que los individuos pacten libremente.* Al Estado le toca velar por el cumplimiento de los contratos.

496 SAGUES, 1993.

Este último aspecto en la filosofía de Hobbes es importante, por cuanto contextura el Estado gendarme de corte abstencionista cuya única función será la de brindar los medios necesarios para evitar interferir en la autonomía de la voluntad, y en los contratos que los individuos tengan a bien pactar.

b) Locke, cree en la presencia de derechos naturales, previos al Estado, el que existe para asegurar a cada uno su propiedad (vida, libertad y bienes de una persona). Como podemos observar, el Eslado, y naturalmente el ordenamiento jurídico que es su expresión, cumple un rol omitivo, pasivo, de orden abstencionista.

c) La escuela fisiocrática francesa, con Quesnay y Légendre, incorpora la presencia de un "orden natural", tal vez de origen divino, en la economía, que la regula armoniosamente, por lo que los valores en el mercado se balancean espontáneamente, donde el Estado no debe entrometerse: *laissez faire*, *laissez passer*, *que le monde va de lui meme* ("dejad hacer, dejad pasar, que el mundo va por si solo"), derivándose la ley de la oferta y la demanda, vigente aun en nuestros días.

Estas son básicamente las ideas que nos interesa resaltar, soslayamos aquellas que aportan Sieyes, Rousseau, o Montesquieu, que se refieren a la representación política y al gobierno. Sin embargo, queremos rescatar la idea de que todo este movimiento socioeconómico, filosófico e ideológico representa un ataque al estado absolutista monárquico-aristocrático del siglo XVII y XVIII.

6. IMPACTO EN LA TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO

En este recuadro histórico se enquista la teoría del acto jurídico. La libertad era prácticamente un dogma, la autonomía de la voluntad venía a poner un freno al despotismo del príncipe, y era lógico que el papel del Estado fuese el de gendarme, policía o

regulador de lo libremente pactado por los particulares. Es que debe comprenderse que ese Derecho y ese Estado deben garantizar las libertades omnímodas de los ciudadanos, las mismas que responden a las exigencias de la clase social burguesa que veía amenazados sus intereses frente a las otras clases sociales en rededor.

En este marco nace la codificación moderna a través del Código Napoleónico de 1804, en el marco del racionalismo, individualismo liberal y el enciclopedismo. Vidal Ramírez (1990b, p. 51) lo expresaría del siguiente modo: "Dentro de la concepción racionalista de la autonomía de la voluntad, la voluntad individual es la causa eficiente y la fuente de todos los efectos jurídicos, debiendo la propia norma legal buscar el fundamento de su validez normativa en el consenso que le presten los individuos, quienes deben aceptar restringir sus libertades y autorizar al legislador a dictar normas obligatorias para todos en la medida en que éstas favorezcan, por igual, al ejercicio de la libertad. Así, la eficacia de los actos jurídicos deriva directamente de la voluntad de los sujetos, a quienes corrresponde por derecho propio y según su conveniencia, organizar sus relaciones, determinar la naturaleza y alcance de ellas y estipular sus condiciones y modalidades, correpondiendo al legislador tan sólo una misión tutelar de la voluntad privada."

De esta forma, los efectos jurídicos que nacen por el acto jurídico, tienen como causa eficiente la voluntad de las partes, vale decir la autonomía de la voluntad productora de las consecuencias jurídicas y derechos que pudieran surgir dentro de la intersubjetividad contractual. Producto de ello se concibe la clásica expresión de que "lo que no esté legalmente prohibido, está permitido", por lo que el orden público se sometía a la voluntad individual, donde el legislador cumplía el rol de demarcar los límites de ese orden público a través de normas imperativas y prohibitivas de observancia obligatoria.

Este mismo orden público legal e inmutable pretendía impedir el abuso del ejercicio de las amplias libertades que el ciudadano disponía y el Estado estaba obligado a tutelar y respetar. Sin embargo, con el avance de los tiempos, la historia demostraría que la libertad omnímoda generaba múltiples exacciones a nivel socioeconómico y consecuentemente el concepto de orden público también cambiaría, así como el rol del Estado y del Derecho, veámoslo en seguida.

7. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Con el devenir de la historia, el tercer estado burgués ve amenazadas sus conquistas por las demandas de un grupo político en auge: el cuarto estado, que según Sagüés (1993) es el proletariado (p. 4), conformado por empleados, obreros, campesionos, clases medias bajas, etc.[497] A nuestro entender el proletariado no puede incluir en su clasificación a las clases medias bajas, ni a los campesinos o empleados, que son categorías diferentes. En este sentido debemos aclarar que el proletario es el obrero que nace de la industria, de la fábrica, y su contextura es diferente a la del campesino o al trabajador intelectual, o al ciudadano de clase media baja.[498]

En todo caso, estamos frente a las demandas sociales de un nuevo grupo variopinto, que solicitaba participación más justa e

497 Casi todos los tratadistas modemos consideran que el proletariado está integrado por los obreros. Cfr. CABANELLAS, 1989, p. 261, para quien proletario es el obrero.

498 Bástenos una aclaración de Haya da la Torre (1985a, p. 100): "Es necesario, pues, anotar que la clase que primero sufre con el empuje del imperialismo capitalista en nuestros países, no es la incipiente clase obrera, ni la clase campesina pobre o indígena, al ser captados por una nueva forma de producción con grandes capitales, reciben un salario seguro y más alto... Es así cómo el imperialismo en los países de elemental desarrollo económico es factor determinante de la formación y robustecimiento de una genuina clase proletaria modema. Este fenómeno social de un proceso especial, como hemos de anotar más adelante... El proletariado industrial que va formando, es, pues, un tanto nuevo, joven, débil, fascinada por ventajeas inmediatas, cuya conciencia colectiva sólo aparece al confrontar más tarde el rigor implacable de la explotación dentro del nuevo sistema."

igualitaria en el disfrute de la riqueza. Los tres postulados clásicos de la Revolución Francesa de 1789: libertad, igualdad, fratemidad, quedaron burlados por la propia aplicación del sistema que los proclamaba. En el plano concreto del contrato resulta evidente que la voluntad de contratar no era igualmente libre ya que el necesitado se veía forzado a aceptar las desventajas que le imponía la urgencia de lo que iba a recibir a cambio. El valor justicia sucumbía ante una teórica libertad contractual del débil, que no actuaba ni en ejercicio de su libertad ni en un plano de igualdad con el poderoso, sino presionado por las circunstancias.[499]

De esta forma, la libertad entraba en crisis; Sagüés[500] explica que nuevos acontecimientos tecnológicos como la Revolución Industrial, y sucesos económicos, como el libérrimo juego de la oferta y la demanda, así como la capacidad de acumular ilimitadamente las riquezas, produjeron fenómenos de enorme concentración económica, que extinguieron la libre concurrencia en el mercado. Los trusts, cartels, monopolios y oligopolios estrangularon, de hecho, las bases del sistema económico liberal.

El estado democrático ultraliberal, individualista y burgués, fiel expresión de la ideología capitalista era el guardián de las libertades ciudadanas, donde el orden público tenía marcada inspiración individualista y donde la explotación del hombre por el hombre campeaba y reinaba. De esta manera, la igualdad formal proclamada y declarada en las Constituciones constrastó con enormes diferencias sociales entre la alta burguesía y el proletariado (entendido lato *sensu*). En reemplazo de la aristocracia feudal, la nueva aristocracia del dinero, la nueva nobleza de la explotación operó con mayor opulencia que los viejos señores feudales.

499 AZUA REYES, 1993. p. 51 y ss.

500 SAGUES, 1991, pp. 09 y ss.

Estas desigualdndas económicas acarrearon desigualdades culturales, sociales, políticas y hasta jurídicas: Recuérdese que el cuarto estado "advertía el engaño ideológico que significaba la distinción entre 'ciudadanos activos' y 'ciudadanos pasivos' en función de la riqueza"[501], la Constitución Francesa de 1791 niega la condición de ciudadano activo al 'doméstico", o sea, al "servidor asalariado" y distingue entre "ciudadanos activos" y "pasivos."

Asimismo, el *slogan* "fraternidad", fue el menos cumplido: "el sistema Constitucional individualista fue cualquier cosa, menos solidario."[502]

A esto se suma la *ley de bronce de los salarios*, que dice que éstos sólo sirven para atender al mínimo de la subsistencia. Es un capitalismo salvaje, la ley del mercado, el ultraliberalismo manchesteriano, el individualismo a ultranza, la libertad omnímoda y endiosada. Por lo que la decadencia moral corrió pareja a la económica: en la Francia de 1820 existieron ciento veinte mil niños abandonados sin ningún sustento en la vía pública, como pálido reflejo de la angustiante situación social.

Ante estas circunstancias, *emerge* un problema nuevo: *la cuestión social*, la que provocaría el surgimiento de múltiples doctrinas políticas como el socialismo, el sindicalismo, el solidarismo, el social cristianismo, el marxismo[503], y el anarquismo, el corporativismo, etc. (En Latinoamérica podríamos citar -en el siglo XX- el peronismo,

501 Sagues. 1991.

502 Sagues. T. I, p. 10.

503 "La vieja sociedad —según Lenin- estaba basada en el principio siguiente: o saqueas a tu prójimo o te saquea él, o trabajas para otro u otro trabaja para ti, o eres esclavista o eres esclavo...Yo busco mi propio beneficio y lo demás me tiene sin cuidado." (Cfr. LENIN. 1978, p. 170.)

el aprismo- que denunció todo tipo de imperialismos[504] incluyendo al socialimperialismo[505], el castrismo, etc., que también intentaron descubrir los problemas de su espacio-tiempo histórico y darles solución satisfactoria).

---

504 El aprismo abanderó reclamos sociales desde la perspectiva Indoamericana como la unidad continental, lucha contra todo tipo de imperialismo ya sea proveniente del capitalismo privado o del de Estado, búsqueda de una dimensión nueva de democracia política y económica a partir del espacio-tiempo histórico indoamericano, solución a estos problemas que son diferentes de los de Europa; pan con libertad; justicia social sin dictadura, etc. Cfr. ALVA CASTRO, 1989, pp. 87 y 88.

505 Así como el imperialismo se pergeñaba como la última etapa del capitalismo, según referencia de Lenín, también se produjo el socialimperialismo, ya que Rusia llega a la etapa culminante de su capitalismo de Estado (y no socialismo), con un sistema opresor de la misrna caracterología. A este respecto Cfr. ECHAGUE, 1975, pp. 210 infra y 211 supra, quien manifiesta: "Los cinco rasgos esenciales analizados por Lenín para definir al imperialismo como fase superior del capitalismo se aplican *rigurosamente* al caso soviético. El dominio de los monopolios, la exportación de capital, el capital financiero (en el caso ruso hay que tener en cuenta la peculiaridad histórica originada por la *restauración* capitalista: la burguesía burocrática monopolista que se constituye al copar el poder político, los revisionistas que aprovechan a su favor la previa concentración de la industria y las finanzas en manos del Estado), la asociación internacional de diversos grupos monopolistas y la disputa y reparto del mundo entre las grandes potencias. Estos rasgos estudiados por Lenín y que constituyen su definición cientifica del imperialismo son los mismos que nuestra el socialimperialismo. Socialista de palabra e imperialista de hecho: porque su economía era similar a la capitalista monopolista de Estado, porque su Estado reprime al pueblo y sirve a la burguesía burocrática monopolista, porque exporta y -por ende- extrae plusvalía de los obreros de otros países, porque se apropia también de plusvalía directamente mediante el cobro de intereses e indirectamente mediante el mecanismo de los precios intemaclonales, porque invade países y los ocupa, porque promueve golpes de Estado, porque se arma hasta los dientes con fines agresivos y expansionistas, porque practica una política global dirigida a dominar el mundo y, como veremos... reivindica abiertamente a sus antecesores directos, los viejos zares." A contrapelo, Stalin creía que este expansionismo era resultado del proceso de revolución mundial emprendido desde la Revolución de octubre de 1917 en Rusia: "Si es cierta la tesis -decía Stalin- de que el triunfo *definitivo* del socialismo en el primer país liberado no es posible sin los esfuerzos comunes de los proletarios de varios países, no menos lo es que la Revolución mundial se desarrollara con tanta mayor rapidez y profundidad, cuanto más eficaz sea la ayuda prestada por el primer país socialista a los obreros y a las masas trabajadoras de todos los países" (Ver STALIN, 1977, p. 159), cuando en verdad la realidad fue completamente distinta, ya que esa pretendida ayuda devino en satelitismo, sometimiento y dominación.

El propio liberalismo no pudo mantenerse ajeno a estos requerimientos sociales; de allí nacería el neoliberalismo organizado que hace eco de las exigencias de justicia social, de igualdad y solidaridad, para atender las necesidades colectivas impostergables y el afianzamiento de una mayor igualdad de oportunidades, elaborándose por ende la noción de "economía social de mercado."

Pero para llegar al Estado social y democrático de Derecho se tuvo que caminar, un largo trecho que pasó por diferentes estadios que pasamos a desbrozar brevemente:

a) El Constitucionalismo Neoliberalsocial

Se inicia con la revolución de febrero de 1848[506] en Francia[507], y dictó la Constitución ese mismo año. Luego vendrían la revolución

506 Al respecto Marx haría un balance de la revolución de 1848 diciendo: "Exceptuando unos pocos capítulos, todos los apartados importantes de los anales de la revolución de 1848 a 1849 llevan el epígrafe de *Derrota de la Revolución*. Pero lo que sucumbía en estas derrotas no era la revolución. Eran los tradicionales apéndices prerrevolucionarios, las supervivencias resultantes de relaciones sociales que aún no se habían agudizado lo bastante para tomar una forma bien precisa de contradicciones de clase: personas, ilusiones, ideas, proyectos de los que no estaba libre el partido revolucionario antes de la revolución de febrero y de los que no podía liberarlo la *victoria de Febrero*, sino sólo una serie do *derrotas*. En una palabra: el progreso revolucionario no se abrió paso con sus conquistas directas tragicómicas, sino por el contrario, engendrando una contrarrevolución cerrada y potente, engendrando un adversario, en la lucha contra el cual el partido de la subversión maduró, convirtiéndose en un partido verdaderarnente revolucionario." (Cfr. MARX, 1980, p. 31.)

507 Para saber si esta revolución fue socialista, veamos una cita da Federico Engels escrita en el prefacio a la edición italiana del "Manifesto Comunista" de 1893 (Ver MARX y ENGELS, 1980, p. 27) en el sentido siguiente: "La revolución de 1848 había sido, en todas partes, obra de la clase obrera: ella había levantado las barricadas y ella había expuesto su vida. Pero fueron sólo los obreros de París quienes, al derribar al gobiemo, tenian la intención bien precisa de acabar a la vez con todo el régimen burgués. Y aunque tenían ya conciencia del irreductible antagonismo que existe entre su propia clase y la burguesía, ni el progreso económlco del país ni el desarrollo inleleclual de las masas obreras francesas habían alcanzado aún el nivel que hubiese permitido llevar a cabo una reconstrucción social. He aquí por qué los frutos do la revolución fueron, al fin y a la postre, a parar a manos de la clase capitalista... Así, pues, aunque la revolución dc 1848 no fue una revoluciónn socialista, desbrozó el camino y preparó el terreno para esta última. El régimen burgués, en

mexicana de 1910 (que sanciona la Constitución de Querétaro de 1917) y la alemana de 1918 (con la posterior Constitución de Weimar de 1919), consideradas como paradigmas del Constitucionalismo social.

En general el Constitucionalismo neoliberalsoclal, según Sagüés[508], se inspira en posiciones como las aportadas por las corrientes neoliberales, socialistas moderadas, solidaristas y socialcristianas. Nosotros añadiríamos que el término "neoliberalsocialismo" puede reñir con aquellas posturas que reivindican derechos sociales del cuarto estado como la socialdemocracia, y que no comulgan íntegramente con el neoliberalismo, y viceversa. En todo caso, los cliches o etiquetas no hacen más que reflejar el contenido social de las propuestas sociopolíticas, y la constante preocupación de la sociedad en la construcción de una organización estadual en la que se dé real encarnadura a los postulados y proclamas sociales.

b) El Constitucionalismo Marxista

Se inicia con la Revolución comunista rusa de octubre de 1917, y la posterior Constitución de la República Socialista Federativa de los Soviets de Rusia (1918), postulando un Estado uniclasista, unipartidocrático y autoritario, erigido como "partido del proletariado" y asimismo proclama la "legalidad socialista", como expresión jurídica de la democracia marxista, conllevando tres consecuencias[509]: 1) Cumplimiento de la leyes que expresan la voluntad de los trabajadores; 2) aplicación de esta exigencia a todos los funcionarios, y 3) riguroso control de su cumplimiento.

---

virtud del vigoroso impulso que dió en todos los países al desenvolvimiento de la gran industria, ha creado en el curso de los últimos 45 años un proletariado numeroso, fuerte y unido y ha producido así -para emplear la expresión del *Manifesto*- a sus propios sepultureros..."

508 SAGUES, 1993, p. 12.

509 SAGUES, 1993, p. 12.

Es necesario aclarar que pese a que la revolución se autocatalogaba de comunista, o de socialista como estadio anterior al comunismo, la realidad de gobierno fue otra. Cuando Lenín sube al poder, la única alternativa era la de erigir un capitalismo de Estado, e incluso con alianza de la pequeña burguesía que se pretendía liquidar, no olvidemos el famoso: "un paso atrás, para dar dos adelante" de la Nueva Economía Política (NEP). Posteriormente este modelo fue robustecido por Stalin, llevando a Rusia a la consolidación de una potencia capitalista de Estado, mas no socialista ni mucho menos comunista. De allí devendría el imperialismo como última etapa del capitalismo que la doctrina le denominó "imperialismo social", pero con iguales o hasta peores características avasallantes que el imperialismo del capitalismo privado.

El fracaso histórico del socialismo consiste en haber exaltado en demasía el concepto de igualdad, en desmedro del de libertad. Se decía que no había clases, cuando en realidad existía toda una clase político-militar enquistada en el poder cual cúpula dirigencial que gozaba de los mayores privilegios frente a una masa desprovista de estas regalías: de ahí que la pretendida revolución socialista no fuera más que una derivación más de otro tipo de capitalismo, del de Estado.

c) El Constitucionalismo Corporativo

Podemos revisar esta tendencia en los gobiornos de Mussolini en Italia (1922), Oliveira Salazar en Portugal (1932) y Franco en España (1939), de donde nacen Constituciones inorgánicas o dispersas y otras orgánicas (Portugal, Constitución de 1933), definiendo al Estado como *social y de derecho.*

Vamos ahora a analizar las bases ideológicas comunes presentes en el referido Constitucionalisrno social.

d) Lineamientos Ideológicos Comunes

En este constitucionalismo social, podemos entrever la presencia de algunas bases ideológicas que distinguen su filosofía social de la del constitucionalisrno liberal.

Para esta corriente, la libertad es entendida como *libertad-potencia*, es decir, como la facultad de alguien que es libre de poder hacer o no hacer algo, harto diferente de la libertad individualista del Estado burgués catalogada como de no-hacer.

Asimismo, sin soslayar la igualdad formal de los hombres ante la ley, se reclama una relativa igualdad de hecho entre los seres humanos, entendida en particular como igualdad de oportunidades.

Por otra parte, el constitucionalismo social procura recotizar el trabajo, en vez de devaluar a los asalariados, declarando al trabajo derecho-deber o *función social*. De la misma forma, la propiedad asume una importante *función social*, lo que implica que la propiedad no puede ser usada caprichosamente por su titular sino con fines sociales, vale decir, la propiedad debe atender a necesidades sociales, por lo que no puede contravenir fines sociales.[510]

De esta manera, la función social de la propiedad es un principio divulgado, y lo podemos comprobar en las Constituciones de Weimar, art. 153; Irlanda de 1937, art. 45; Italia de 1947, art. 42; Portugal de 1933, art. 35; Fuero del Trabajo de España, art. XII. Otras Constituciones

510 Recuérdese que la Revolución Francesa de 1789, erigió a la propiedad privada en un derecho inviolable y sagrado. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional en agosto do 1709, decía: "Siendo las propiedades un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privada de ellas, sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización" (art. 17), y esta Declaración forma parte de la Constitución Francesa de 1958, cuya fórmula ha sido reproducida en las constituciones de la mayoría de los países capitalistas. (Cfr. RENDON VÁSQUEZ, 1989, p. 90).

reconocen la libertad de empresa dentro de una economía de mercado, pero, como la española de 1978, art. 38, se añade que los poderes públicos auspician la productividad "de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación."

Es así que la justicia social opera como una justicia protectora de los carecientes y débiles, como una justicia niveladora, nunca ciega a las desigualdades irritantes o ilegítimas. "Naturalmente, -advera Sagúés (1993) - para cumplimentar todos los roles que le asigna el constitucionalismo social, el Estado debe asumir un rol protagónico en la vida económica y social: legislar más, regula más, interviene como empresario, etcétera. El *proteccionismo, el intervencionismo, la economía dirigida y la planificación* son consecuencias posibles de tal actitud. Del Estado-gendarme individualista, se pasa al *Estado de bienestar (well-fare state)*, propio del Constitucionalismo social. La versión degenerada de éste es el *Estado-providencia*."

Sin embargo, entre la libertad y la función social que premune al Estado y al Derecho a intervenir en la vida societal, debe existir un balance positivo que no signifique un intevencionismo abusivo e injusto del Estado que ahorque la inicitiva individual so pretexto del contralor social.[511]

Observamos cómo el concepto de libertad va evolucionando desde una perspectiva individualista hasta una concresión más social

511 Bidart Campos explicaría este balance entre libertad e igualdad dentro de la democracia como "...Una igualdad que equilibare a la libertad, que componga con ella un binomio para obtener una distribución razonablemente igualitaria de la liberatd, para que no haya quienes tienen y disfrutan de suficiente o demasiada libertad en desmedro de los menos favorecidos que necesitan liberación porque su libertad es escasa. Y si para ello ha de limitarse razonablemente la libertad y los derechos de los más afortunados (no en sentido económico exclusivamente), una estimativa solidarista de los derechos hunanos tiene que propugnarlo sin escrúpulos, en tanto con aquella limitación razonable se pueda conseguir -también razonablemente- acrecer la capacidad de disfrute y ejercicio de la libertad y los derechos por parte de los menos favorecidos" (BIDART, 1991. pp. 22 y 23.)

dentro de un Estado de bienestar o Estado social de derecho. En esta senda, las Constituciones no hacen sino receptar los cambios sociales operados, la juridicidad se convierte en la sombra de la realidad que muchas veces no la logra interpretar con fidelidad pretendiendo homogeneizar algo heterogéneo. Es así que el concepto de libertad como *función social* nace como fruto de la realidad y no como imposición: la doctrina. Asimismo, esta función social de la propiedad, se irradia a todo el derecho en general, y no sólo al derecho privado o al público. Tampoco la función social puede ser patrimonio exclusivo de la propiedad, sino que se presenta como un equilibrio o contrapeso de la libertad, por lo que en la contratación, y más específicamente en los actos o negocios jurídicos, la función social, constituye un tamiz importante para poder situarse con validez en el espectro negocial.

Pero de allí a afirmar que esta pretendida función social constituye el cuarto elemento del contrato o del acto o negocio jurídico, es una exageración. Es decir, esta función social no es privativa del acto jurídico o del derecho privado en todo caso, sino que es un principio que gobierna e inspira la institucionalidad los derechos humanos y del derecho social. Su influjo penetra en todos los esquicios del derecho, por lo que no podría ser coherente denominar *función social a* este elemento en el derecho público, y *causa en* el derecho privado, vía negocio jurídico.

Y es que la función social penetra en el modelo jurídico y se hace carne en cada uno de los derechos, en cada uno de los actos o negocios jurídicos y en cada actividad que el hombre desempeña. Bidart Campos lo explicaría magistralmente[512]: "Cuando '*yo*' reivindico un derecho 'mío' porque valoro que una limitación que soporta o debe soportar lo desnaturaliza, desconoce, o transgrede, debo previamente razonar con suficiente imparcialidad que en la esencia

512 BIDART CAMPOS, 1991, PP. 212 y 213.

o naturaleza de mis derechos está presente el elemento social de todos los derechos, o sea, el 'ser' derechos del hombre 'en sociedad'; habrá después de ponderarse si la aludida limitación responde o no razonablemente a esa intínseca capacidad de ejercer cada derecho en la medida en que 'socialmente' corresponda ejercerlo; y a esta adecuación razonablemente proporcionada a la naturaleza social de los derechos la llamamos, sin óbice alguno, la función social que cada derecho lleva, intrínseca y ontológicamente, adherida a su propia esencia o naturaleza; todo consiste en un esfuerzo, difícil pero no imposible, para dilucidar en cada caso si la limitación de un derecho traspasa o no esa frontera de su adecuada proporcionalidad razonable a la función social que le es constitutivamente anexa."

Entonces, vemos cómo la función social no sólo es privativa de la propiedad, al considerarla en función social, o tampoco ver al derecho en general como un mundo normativo, fáctico dikelógico en permanente contacto con la sociabilidad y su respeto, sino también percibir *esa* manida función social en el seno de cada negocio jurídico, de cada acto jurídico particularizado. De ahí que la teoría del acto o ncgocio jurídico no pueda apropiarse de algo que pertenece por su naturaleza a todo el derecho en general, y a cada acto en particular; ninguna teoría, por más abstracta o pretendidamente social o moderna que sea, podría intentar aislar este elemento para asumirlo como un atributo exclusivo de su estructura interna, sin comprender que lo único que hace, es encerrar una porción de agua del océano en una playa privada, pensando que ese agua es lo único existente, cuando en realidad el agua pertenece a un océano, mucho más amplio, mudable, flexible, como el agua que no se estanca en una playa privada sino que va y viene, dentro de un flujo y reflujo en constante movimiento y circulación.

Esta proporcionalidad razonable de cada derecho, acto o hecho a la función social, es un test al que se debe enfrentar todo

ente jurídico y no sólo los actos jurídicos. Sospechamos que este examen lo toma la sociedad a través de su aparato jurisdiccional -en el caso de litigio- o de otras formas alternativas de solución de conflictos -en el caso de conflictos extrajudiciales, en los modelos de desjurisdiccionalización de la composición o disolución de controversias a través de la autotutela- en el que el sistema mismo haría esta evaluación, cual profesor al alumno, para determinar si aprueba el control de socialidad de cada negocio.

Por ahora, que quede bien claro que esta noción de *función social* reseñada, dista mucho de la teoría de la causa función socioeconómica italiana (con sus peculiares y particulares matices) que pretende convertir a la causa función social en un elemento objetivo del negocio jurídico, ya que en realidad "los derechos llevan inherentes a sí la función social, porque son derechos para ser accedidos, ejercidos, gozados conforme a ese modo -social- específico del vivir del hombre que es titular de tales derechos"[513], de modo que los derechos llevan y tienen en sí mismos un carácter limitado o relativo y una función social, por lo que su ejercicio implica el deber de no extralimitarlos, o si se gusta más, el deber de no violar ni interferir los derechos ajenos, el orden, la moralidad pública, etcétera.[514]

Es en el ejercicio de los derechos donde la función social se hace presente a través de las limitaciones objetivas impuestas por la moralidad, el orden público y el respeto a los derechos ajenos. Esta norma sería fácil de encontrar en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984, en el que se estipula el respecto irrestricto de todos los actos, negocios y operaciones jurídicas a la moralidad y el orden público. De este modo, el ejercicio funcional de cada operación, consiste en la correlación con la función social, que

513 BIDART CAMPOS, 1991, p.214.

514 BIDART CAMPOS, 1991, p. 219.

en la práctica puede desbordar los alcances del artículo citado, pero da una idea bastante clara de las limitaciones objetivas que se deben tener en cuenta en el ejercicio de los derechos. Entonces habría un deber de ejercer los derechos (y los actos jurídicos deben sujetarse a ese deber), dentro del marco impuesto por los susodichos parímetros.

Esta tarea, obviamente, no es nada fácil, pero tampoco imposible, sin embargo, tal dificultad no puede llevarnos aceptar la fácil conclusión del encapsulamiento de la función social de los derechos en el seno del acto o negocio jurídico.

Ahora bien, una vez que hemos enfocado cómo se desempeña la función social del derecho y haber estudiado cómo es que se produjeron en la realidad los elementos necesarios estructurales y estructurantes de los cambios ideopolíticos y jurídicos, veamos ahora cómo es que se desenvolvieron los derechos humanos durante tres etapas bien demarcadas, para comprender con objetividad el concepto de función social, libertad y causa objetiva.

8. TRES GENERACIONES DE DERECHOS

Tenemos tres estadios bien marcados en la evolución de los derechos humanos, veámoslos por separado.

1º Derechos de la Primera Generación

Como consecuencia de las Revoluciones Americana y Francesa, con sus consecuentes intrumentos constitucionales ya estudiados, se erigen los derechos civiles y políticos en el marco de un tipo de Estado singular que respondía a las exigencias de la clase social burguesa que se apoderaba de su mando.

A este respecto el Código Civil Francés de 1804 se presentaría como la expresión mas depurada del individualismo burgués[515], reputando la propiedad como el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no se haga un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos (art. 544). Es decir, la propiedad tendría los caracteres de ser *absoluta*, *exclusiva y perpetua*, siendo oponible a todos, pudiendo ejercer las facultades sobre la cosa sólo el propietario hasta que lo desee.

De esta forma, la relación de propiedad se configura no entre una persona con la cosa, sino con un colectivo obligado pasivamente a respetar el bien ajeno, a no dañarlo o no impedir que ejerza las funciones propias de la propiedad sobre su objeto. De la misma manera, el Estado se convierte en el ente que garantiza la incolumidad de esta relación de alteridad, convirtiéndose él también en un sujeto obligado pasivamente a no obstaculizar ni impedir el ejercicio de las facultades de aquél sobre las cosas.

Entonces nos encontramos frente a una situación social focalizada en la Europa de fines del siglo XVIII, de tránsito al feudalismo, que constituye el ambiente propicio para una revolución de orientación burguesa. La clase social en auge, la burguesía, insurge contra el Estado, contra el absolutismo político, naciendo de esta forma los derechos que se opusieron al poder público, al Estado como potencial agresor de los derechos, procurando evitar o remediar las agresiones provenientes de él[516].

Es decir, se impone al Estado una obligación negativa o de omisión: abstenerse de vulnerar los derechos y libertades, de impedir su ejercicio, de no ponerles obstáculos. En este tipo de estructura societal, existe una libertad negativa, una libertad "de", que en

515 RENDON VÁSQUEZ, 1989, p. 90.

516 BIDART CAMPOS, 1991, p. 13.

términos reales se convierte en formalismo por cuanto no se dispone de los medios reales de hacerla efectiva y sustanciarla en una libertad efectiva o libertad "para".

Todo esto se produce al interior del liberalismo individualista fruto del racionalismo abstracto e idealista que "daba por axioma político... que los hombres y la sociedad que ellos forman tienen que realizar por sí su propio destino mediante el despliegue de su libertad y de su iniciativa privada; allí no corresponde intervención alguna del Estado, ni siquiera de tipo supletorio auxiliar; en consecuencia, ese Estado -que ya calificamos como abstencionista o mínimo- tiene como lema el *laisez faire*, y como papel limitado cuidar, vigilar y garantizar la libre competencia y el juego armónico de los derechos, aseguardando el orden y la seguridad"[517].

En otras palabras, la sociedad que responde al modelo del liberalismo burgués es un modelo que privilegia sólo a un sector de la misma en desmedro de los otros grupos sociales, en que la libertad se convierte en libertad para mendigar, o para morirse de hambre, y donde la igualdad es sólo formal ante la ley, puesto que la igualdad de oportunidados es sólo una ilusión y donde la fraternidad fue más bien una quimera y una sublime ilusión.

En virtud de lo afirmado en el parágrafo anterior, Bidart Campos[518] diría con respecto a este modelo de Estado mínimo o abstencionista: "La dogmática afirmación de la Declaración Francesa de 1789 acerca de que 'los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos' exhibe, así, un rigorismo formal y hasta ficticio, que no se hace realidad por su sola inscripción constitucional y que se desbarata ante múltiples obstáculos cuando el Estado no se ocupa de removerlos en favor de los hombres que por su propio esfuerzo no

517 BIDART CAMPOS, 1991, p. 319.

518 BIDART CAMPOS, 1991.

pueden superarlos. Pero queda una idea; esa idea, útil a la época inicial del constitucionalismo moderno, es ésta: la normativa constitucional debe consignar expresamente que no se admitirán desigualdades que menoscaben la libertad propia de todo ser humano, y debe garantizar que esa paridad se respete. Eso sí: con la misma libertad y la misma igualdad formales se producen desigualdades de hecho, o surgen indisponibilidades en el goce de la libertad para algunos hombres, tales situaciones fácticas no han de ser atendidas por el Estado abstencionista. Es como si éste les dijera a los hombres: aquí tenéis en la **c**onstitución una declaración de derechos a favor vuestro, con una libertad y una igualdad que pongo a vuestra disposición; usad de ese conjunto de facultades, ejercedlas y gozadlas, yo garantizo que no sufriréis violaciones, o que éstas serán reparadas; más allá de eso, no os garantizo nada."

Estamos frente a un Estado abstencionista que sólo garantiza la libertad formal, la libertad amparada normológicamonte donde no se hace ningún esfuerzo para remover los obstáculos que puedan hacer que esa libertad circule por entre todos los grupos societales, sin privilegios menoscabadores. No se propone un falso igualitarismo, simplemente comprender y fijar la idea de que el modelo de Estado dieciochesco garantiza la vigencia de derechos desde una perspectiva normativa, sin mucha preocupación por el plano práctico, es decir, por su efectivización sociológica o vigencia sociológica.

2º Derechos de la Segunda Generación

La segunda generación de derechos nace como consecuencia de la Constitución de Querétaro de 1917 -fruto de la Revolución Mexicana de 1910- y la alemana de Weimar de 1019, denominados derechos sociales, económicos y culturales.

Sin embargo, hasta la fecha, buena parte de esos postulados sociales han quedado como buenas intenciones y hasta como

declaraciones líricas, puesto que casi nada o muy poco se ha hecho para revertir el estado de situaciones heredado a partir del modelo de Estado democrático liberal y burgués de cuño racionalista e individualista. Es decir, los derechos nuevos, de la segunda generación, así como los civiles y políticos de la primera, quedan plasmados constitucionalmente pero sin vigencia sociológica, vale decir que sólo tienen vigencia normológica y por lo tanto -desde esta perspectiva- carecerían de positividad -entendiendo a ésta como la real efectividad de los derechos declarados-.

Resultó más fácil para el liberalismo individualista hechar andamiento de la libertad "de" entendida como simple abstención u omisión de trabar o impedir el juego libre de las fuerzas económicas y sociales. Es que en realidad no se puede imaginar grandes dosis de esfuerzo cuando el Estado deserta de su función social y lo deja todo en manos privadas y en las leyes demiúrgicas del dios mercado. De esta forma, al Constitucionalismo social, también podríamos tildarlo de *formalista* por cuanto no da encarnadura en la realidad de lo que se reconoce en la letra de la norma constitucional; esto naturalmente exigiría políticas de desarrollo, de promoción, de liberación para dar vigencia real a estas buenas intenciones.

Es necesario aclarar que el constitucionalismo social no niega la libertad, ni los derechos civiles y políticos de la primera generación. Lo que ocurre es que los considera insuficientes, y antes de negarlos, los completa, los añade, los mejora, y en muchos casos los equilibra y contrapesa. Por ejemplo, la liberación consiste para este modelo, en el traslado de la libertad "de" (contratar, de trabajar, etc.), en libertad "para", que es el verdadero disfrute de derechos por todos y no sólo de unos cuantos privilegiados.

3º Derechos de la Tercera Generación

En este rubro podemos encontrar los llamados intereses difusos supraindividuales o colectivos (derecho a un medio ambiente sano, equilibrado y decente; preservación de la fauna, flora y el patrimonio artístico y cultural.)

Asimismo tenemos los derechos a la paz, al desarrollo, etc., que también forman parte del plexo de derechos humanos. De esta forma, no sólo tenemos derechos civiles y políticos, sino culturales, económicos y sociales, los que sumados a los derechos de la tercera generación reseñados, completan el panorama Constitucional vigente hasta la actualidad.

Queda una situación por aclarar, tanto en los derechos de la segunda como de la tercera generación existe un derecho y por lo tanto se debe encontrar un sujeto pasivo obligado a cumplir el débito. Es obvio que la sociedad tiene la obligación pasivamente universal de no dañar o privar a otros en el ejercicio de sus derechos, obligación que también la comparte, sin embargo, los *derechos por analogado* (de la segunda y tercera generación), exigen la presencia de políticas de desarrollo que constituyan reales fuerzas motrices de los óbices sociales que impiden el real disfrute de estos derechos. Nos encontramos así frente a la obligación activamente universal de un sujeto pasivo obligado frente a un "todos" o la pluralidad de hombres componentes de la nación sin particularizarse frente a ninguno; sujeto pasivo gravado que es el Estado, a través de políticas de promoción y fomento del bienestar.[519]

De esta manera la obligación del Estado no sólo es abstencionista o de no hacer, sino que ahora será de signo positivo: hacer o dar. Más concretamente, no se exige un Estado providencia, sino un Estado de

519 BIDART CAMPOS, 1987. pp. 67 y 68.

bienestar que cree las condiciones necesarias para que las personas puedan desarrollarse adecuadamente, ya que no disponen de los medios adecuados para remover las injusticias paralizantes.

Este tipo de derechos propios de la tercera generación, junto con todos los demás derechos que el hombre dispone en teoría mas no en la práctica, genera en la doctrina un discurso apologético que impetra a reclamar esos mismos derechos mediante la ingeniosa y curiosa acepción de "derecho al derecho". Según esta postura, el hombre que "sufre merma en su libertad real y concreta porque no puede acceder al goce de muchos de sus derechos, tiene 'derecho"a que el 'derecho' castrado reciba liberación".[520]

9. BALANCE PARCIAL

Ahora bien, después de haber realizado un breve y sucinto recorrido por las tres generaciones de derechos humanos, y haber revisado también el proceso de gestación de estos a partir no sólo de los elementos ideológicos imperantes sino también de las fuerzas socioeconómicas inmanentes y estructurantes, es necesario en este estadio hacer una pausa en el camino desbrozado para entrever si nuestro andar está siendo bien guiado por aquellos objetivos que nos propusimos cumplir al iniciar este capítulo.

Nos estamos refiriendo en concreto a la posibilidad de determinar la manera cómo la causa entendida como función socialmente relevante es insaculada en el espectro negocial para formar parte de un elemento objetivo que se hace parte esencial del negocio jurídico. Dicho de otra manera, necesitamos saber si la causa función, de cuño italiano, producto de la elaboración doctrinaria a partir -obviamente- de las fuerzas estructurantes espacio-temporales de la Europa de

520 BIDART CAMPOS, 1987, p. 16.

la segunda posguerra, es un ingrediente novedoso que puede traer elementos de juicio con la suficiente autoridad como para endilgarle el rótulo de elemento esencial, o si simplemente estamos frente a un reflejo de la función social del derecho en general receptado por el derecho privado y encapsulado en los laboratorios negociales.

Esta pregunta tiene una respuesta que ya ha sido insinuada en páginas anteriores, bástenos rememorar por ahora nuestro aserto inicial. La función social del derecho es una exigencia que viene como corolario de la emanación ideopolítica de los derechos de la segunda generación. Ya no estamos frente al constitucionalismo de viejo cuño dieciochesco finisecular, de un racionalismo de corte abstracto y panlogista, donde el Estado era mínimo o también denominado abstencionista, sino que nos enfrentamos -al menos en teoría- frente a un nuevo modelo estadual y sobre todo societal, en la que los derechos económicos, sociales y culturales se presentan adosados a las clásicas libertacles civiles y políticas. En este *mare magnum* es que la función social del derecho aparece como imperativo categórico del más puro carácter histórico. Ya no es un derecho que favorece sólo a un grupo social convirtiendo los derechos en privilegios de unos cuantos, en desmedro de las grandes mayorías, sino que es un derecho pensado en función del colectivo social, de un todo organizado políticamente y cuyas exigencias son expresadas normativamente.

La función social del derecho participa de todo el derecho *in totum*, en general, del público y del privado, del patrimonial y extrapatrimonial; de esta forma no as atributo exclusivo del acto o negocio jurídico sino una exigencia del derecho entendido en un sentido holista. De esta forma, la causa función socioeconómica se convierte en una teoría que reproduce el discurso social del derecho y lo ubica en los marcos del negocio jurídico. Luego veremos cómo es que esta misma noción tuvo sus marchas y contramarchas, cómo

es que la misma sociedad corrigió muchos de sus excesos e hizo retroceder el avance de esta concepción hacia un modelo demasiado controlista por uno en que se privilegia el factor social pero no de manera encorsetante ni asfixiante.

Asimismo, nos queda la impresión de que el contralor de esta tipología social, vale decir, el control que se realiza sobre la adaptación de los negocios o actos jurídicos a los parámetros socialmente aceptados, defendidos, tutelados y promovidos, es realizada no sólo en la esfera estrecha de los negocios, sino para todo tipo de actos administrativos, legales, culturales, etc. De esta forma, la causa función socioeconómica sería un reflejo, que cumple un papel importante dentro del derecho, pero no por ello podríamos pensar que la opción más asertiva y correcta sea la de ubicar tal función como elemento integrante del acto o negocio jurídico.

Además, creemos que si colocamos la función social del derecho como causa del negocio jurídico, como un elemento objetivo del mismo que pueda colaborar a identificar cuándo un acto existe o no, atentiendo a la existencia o ausencia del factor socialmente relevante, en el futuro también podrían nacer otras teorías, lo suficientemente coherentes claro está, que intenten identificar la causa no ya con la función social, sino también ampliarla a consideraciones yuxtapuestas a los derechos de la tercera generación. Nos estamos refiriendo en concreto, que este elemento causal, de improscindible necesariedad en el acto jurídico, pueda ser entendido no sólo como función socialmente relevante, sino como un factor condicionante de la validez de los negocios, en virtud del cual éstos deberían respetar también la paz, el medio ambiente, la flora, fauna, patrimonio cultural, el desarrollo, etc., es decir, intereses colectivos o difusos.

No nos parece descabellado el poseer un derecho en el cual todos los actos respeten y hasta promuevan con su accionar la vigencia de

los derechos que el hombre ha conquistado irreversiblemenle en la historia para mejorar su condición humana, sino que nos parece realmente tautológico el convertir una enorme e importante función del derecho en general, en un elemento singularizado y bacilar de la estructura del acto jurídico.

Por otra parte, para convencernos más de si estamos errados o no, es necesario estudiar un aspecto que será crucial en el proceso de distincitión entre acto y negocio jurídico. En el siguiente apartado veremos cómo se producen los efectos jurídicos, quién los otorga, si el derecho es constitutivo de los derechos o es simplemente declarativo. Ello lo consideramos realmente importante, por cuanto en el proceso de deslinde entre el acto jurídico y el negocio jurídico, tendremos que ver cómo se producen los efectos jurídicos, y para ello es necesario remitirnos a la filosofía del derecho como utiliaje valioso a partir del cual se derive la conclusión de si realmente estas dos figuras son dispares o son símiles. De allí también podremos concluir cómo es que la causa función, que cumple un papel pseudo imprescindible en la estructura esencial del negocio, puede ser claramente entendida, estudiada y hasta eliminada.

10. DE LOS EFECTOS JURÍDICOS

Como ya lo insinuamos el rubro anterior, éste corresponde al estudio de los efectos jurídicos de los actos o negocios jurídicos. Sin embargo, creemos importante -máxime si las teorías de ambas construcciones doctrinarias serán examinadas pacientemente en los próximos apartados- definir cómo es que se gestan los derechos, es decir, si los derechos son producto de la simple convención de las partes o si son jurídicos porque el derecho en cuanto norma dice que lo son.

En esta perspectiva estamos ante terrenos realmente minados, al ingresar a un aspecto sumamente interesante en el cual se confluyen las más grandes corrientes iusfilosóficas que durante siglos han tratado de responder la inquietante pregunta planteada. Desde esta perspectiva, nuestro presente estudio no va a tratar de solucionar definitivamente el sempiterno problema, simplemente pasaremos revista a las principales corrientes de pensamiento -sin profundizar mucho en ellas, ya que nuestro estudio no nos lo permite- para de allí poder descender al plano que nos interesa y, premunidos de estas herramientas, poder comprender mejor el asunto en aras a su solución.

1º El Positivismo Jurídico

Esta corriente de pensamiento, nace en el siglo XIX adquiriendo importancia, con Kelsen a la cabeza, en las primeras decadas del siglo XX, considerando que la juridicidad parte de la constitución que el Estado hace de los derechos, es decir, los derechos no serán tales si el sistema normativo oficial no los crea dándoles cobijo en su seno.

A esta conclusión arriba Kelsen por cuanto en su afán de crear una ciencia autónoma del Derecho[521], separa los valores y conductas que pertenecen a otras ciencias, dejando en su esencia normativa la norma jurídica válida. De la misma manera, Kelsen identifica al Derecho con el Estado, "mostrándolos como las dos caras de la misma rnedalla: el Derecho es el Estado porque el es el que lo produce: el Estado es el Derecho porque, al fin y al cabo el Estado es el máximo poder dentro de la sociedad y el Derecho es el efectivamente obedecido como orden jurídico eficaz, fundado en la norma hipotética fundamental."

521 RUBIO CORREA, 1991, pp. 381-383.

Es así que el positivismo trajo al mundo del derecho un gran aporte en el sentido de construir una teoría del Estado y otra del Derecho que interactuán, pero uno de sus bemoles consiste en ver al Derecho sólo como una estructura formal pura perfecta en sí misma, desatendiendo otros elementos también importantes como el valor o la conducta que guían a la sociedad y también forman el universo jurídico. En este sentido, su aporte es importante, aunque insuficiente.

De otra parte, adentrándonos al tema que nos convoca, hemos encontrado una cita muy importante de Kelsen que pudiera hacernos pensar que el derecho objetivo no crea al subjetivo, sino que la misma juridicidad pudiera partir de la voluntad contractual; en concreto Azua Reyes refiere[522]: "El jefe de la escuela de Viena, Hans Kelsen, en su obra *El Contrato y el Tratado. Analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho* observa que la obligatoriedad del contrato deriva de la libertad del individuo para contratar, por lo que al intervenir en la creación de esta norma de conducta (el contrato) funciona como un legislador de la suya propia, sin que le sea posible sustraerse unilateralmente a su observancia por un posterior cambio de voluntad. El contrato de derecho privado, dice Kelsen, constituye la mayor aproximación posible al caso ideal de la autonomía" y luego agrega, en palabras del propio Kelsen: "La convención que vale después de la celebración, es decir, al quedar terminado el procedimiento convencional, es precisamente la norma o el orden convencional creados por tal procedimiento, norma u orden a los cuales quedan sometidos los sujetos cuya conducta se encuentra reglamentada en ese orden, y a los cuales están ligados en la misma forma en que pueden estarlo a otra norma establecida de manera distinta, por ejemplo, la ley. Vistas las cosas en una forma

522 AZUA REYES, 1993, pp. 131-132.

estricta, el individuo no es libre en modo alguno frente a la norma o al orden creados por la convención. Esta libertad individual..., no existe sino en el procedimiento de creación de las normas, en cuanto el individuo es libre de celebrar o no una convención que le obligue y, por consiguiente, restrinja su libertad..."

Con ello podríamos entender que Kelsen cree en la teoría de que los efectos jurídicos son producidos por la propia voluntad de los actores, donde el derecho sólo reconocería la juricidad del acto o negocio jurídico, y no constituir el efecto jurídico, el mismo que obedecería a la libertad contractual y por ende a la voluntad de las partes.

Sin embargo, en la obra clásica de este autor[523] encontramos otra cita que complementa lo acotado, básicamente lo que respecta al dualismo entre derecho subjetivo frente al objetivo: "Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad... Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste... La teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber... ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones..."

523 KELSEN, 1991, pp. 169-172.

En tal sentido, podemos contender que nunca un derecho subjetivo será tal mientras el derecho objetivo, la norma formal no lo crea ni lo establezca. Esta isntitucionalización del derecho subjetivo es la que le da razón de ser y crea su juridicidad. Asimismo, más adelante Kelsen remata[524]: "Utilizando las facultades que le son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada... La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de grado inferior... Todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho."

Con ello estamos suficientemente convencidos de que, pese a que se reconozca que la obligatoriedad de los contratos deriva de la libertad individual, esa misma facultad de crear convenciones es proporcionada por el derecho a modo de delegación, vale decir que, si el dereho no hubiera establecido que las partes pueden autorreglar sus intereses, no existiría ninguna creación de norma convencional. A esta conclusión arribamos por cuanto Kelsen manifiesta que para el acto privado, se aplica una norma de grado superior y se crea una de grado inferior, con ello entendemos que existe una norma superior que valida y autoriza a las partes a vincularse otorgando juridicidad a sus acuerdos, y en caso de incumplimiento, será el tribunal correspondiente el que conmine a ejecutar forzadamente la obligación contraida y burlada, en los planos de la prestación principal o de la sustitutoria (indemnizatoria), pero también se crea derecho, y

524 KELSEN, 1991, pp. 221-222.

en este sentido obra la autonomía de la voluntad. De esta manera, no será la simple voluntad individual la que pura y llanamente cree una norma y el derecho objetivo lo reconozca, sino que el derecho formal otorga esta herramienta productora del derecho a los particulares, autorizando que su voluntad consensuada sea la productora de la obligatoriedad (*pacta sunt servanda* dirían los romanos).

De esta forma, la positividad consistirá en dar vigencia normológica a los derechos, no interesando fuentes extraestatales o supraestatales o hasta extranormativas, por lo que "si todo derecho es estatal, todo el derecho es positivo y el derecho es exclusivamente positivo, afirmaciones que condujeron a Kelsen a la ecuación 'derecho es igual a Estado.'[525]

Bajo esta perspectiva el derecho es creado por el sistema normativo oficial, vale decir, que no existirá derecho en tanto y en cuanto el aparato legal no lo autorice y constituya como tal. Ello en aras a la pretendida seguridad jurídica y en respuesta a la cualidad coercitiva del aparato jurídico que compele al cumplimiento obligatorio de las obligaciones cuando exista resistencia del sujeto obligado.

En esta perspectiva, los efectos jurídicos, naturalmente, seguirán la fisonomía que poseen los derechos. Es decir, si concebimos que el sistema normativo crea los derechos, y que, en consecuencia, todo aquello que no sea tocado por la varita mágica del rey Midas jurídico será cualquier cosa menos derecho, asimismo los efectos jurídicos nacerán como consecuencia de que el sistema legal diga que son jurídicos, antes serán cualquier cosa menos efectos jurídicos, o sea, serán simplemente efectos prácticos, efectos económicos, sociales, administrativos, mas no jurídicos, puesto que la juridicidad la otorga

525 BIDART CAMPOS, 1987, p. 99.

la ley al captar el hecho, al valorar el efecto y calificar el evento causativo.

Obviamente estamos frente a una noción marcadamente legalista, una posición racionalista, abstracta, que lleva a juridizar los efectos que las partes tuvieron en mente al realizarlas. Y es aquí donde las nociones de acto jurídico y de negocio jurídico centran su atención, como lo veremos en detalle posteriormente. Lo que ocurre es que para la noción tradicional de acto jurídico, los efectos jurídicos son queridos y deseados por las partes -lo que coincidiría con la percepción pandectista alemana de comienzos del siglo XX- mientras que para la estimativa de la teoría del negocio jurídico, los efectos jurídicos los atribuiría el sistema normativo y no las partes.

Luego veremos cómo es que la misma teoría clásica del acto jurídico también tiene su evolución, por lo que sería inútil criticar a ambas teorías consideradas en su nivel primigenio, involucionado, primitivo, sin atisbar el desarrollo que han tenido ambas. Sería muy fácil, si optáramos por el método de la crítica a una teoría en sus pininos de desarrollo, sin atisbar su evolución posterior.

Dentro del positivismo voluntarista, la voluntad de poder decide la presencia de los derechos fundamentales, siendo su basamento el Estado o el derecho estatal o la voluntad del poder estatal o hasta la voluntad de los gobernantes de turno. "Aquí hay un empobrecimiento de suma ordinariez filosófica. Ese fundamento -transitorio, ocasional, relativo, mezquino, arbitrario- casi no funciona como tal en sentido filosófico, pese a quienes hayan sido o sean sus seguidores o sus corifeos. Aquí no hay naturaleza humana, no hay valores, no hay ética, no hay ideal de derecho, que alumbre algo de tan sórdido sustento."[526]

526 BIDART CAMPOS, 1991, p. 93.

Lo que queremos dejar eslablecido, es que el positivismo crea el derecho y también juridiza al hecho, al acto o negocio, de modo que no será jurídico un hecho determinado mientras el sistema no diga que lo es. De la misma forma, los efectos no serán jurídicos si el aparato jurídico no los asume como tales. Las vertientes teóricas del negocio jurídico, en su segundo y tercer estadio de evolución, consideran que no son las partes, sino el derecho quien se encarga de constituir el efecto jurídico.

2º Escuela Iusnaturalista

El iusnaturalismo se enfrenta ante el problema de responder si los derechos tienen una naturaleza constitutiva o declarativa. Es decir, si los derechos son derechos porque el Eslado o el sistema legal dice que lo son, o porque tienen una juridicidad anterior y superior al Estado y al orden normológico.

Se parte de la premisa por la cual la libertad jurídica supone que con su ejercicio el hombre pueda cumplir actos jurídicamente relevantes[527], es decir actos a los que se les reconozcan efectos en el mundo jurídico-político. En otras palabras, el acto jurídico sería un evento realizado en el pleno ejercicio de la libertad y autonomía de voluntad, cuyos efectos jurídicos serían reconocidos y no constituidos por el mundo legal.

Entonces nos queda la inquietud de saber si esta libertad jurídica, que es un derecho humano que goza de juridicidad extralegal o metapositiva, tiene su fundamento en algún principio natural o histórico. En este sentido, Bidart Campos, nos ilustra al hablar de los derechos morales, cuando manifiesta: "Se nos vuelve más sencillo, pues, dejar de lado la noción de que nos hallamos ante derechos 'morales', porque la juridicidad de eso que llamamos derechos

527 BIDART CAMPOS, 1991, p. 20.

humanos está dada por su conexidad con el valor justicia: todo lo que concierne a él, todo lo que tiene sentido direccional hacia él, es jurídico, aunque acaso esté ausente en el mundo jurídico-político la realización del valor con signo positivo, o sea, aunque topemos con el signo negativo o disvalor." (BIDART CAMPOS, 1991, pp. 32-33). Entonces, vemos que la juridicidad proviene no de la fuente estatal o legal, sino de la exigencia del valor justicia que es un deber-ser valente y exigente de naturaleza objetiva, pero de realización relativa, histórica y humana.

Ahora bien, tampoco es dable confundir los derechos humanos con los derechos morales de simple exigencia ética. "No se trata de rebajar o reducir los derechos humanos a derechos 'morales' (puramente alojados en el campo de la ética), ni de soslayar la juridicidad que, aún antes de su positivización, nosotros les reconocemos por el vínculo direccional que guardan con el valor jurídico por excelencia, que es la justicia. Se trata de incardinarlos jurídicamente en un reenvío final a la ética, porque es un reenvío a la consideración ética de la persona humana, cuyo valor personalidad es asimismo ético, y a cuya consecución se dirigen tanto los valores jurídico-políticos (incluso el más eminente y cúspide, que es la justicia) cuando todo derecho positivo que no se considere liberado de prestar atención al hombre como persona... El humanismo personalista, o el personalismo liban en el hontanar de la ética..."[528] Con ello concluimos que los derechos humanos son derechos antes que el sistema legal oficial diga que lo son, justamente por su entroncamiento con el valor justicia que tiene fuerte ligazón con la ética y el valor personalidad propio de cada ser humano. Es decir, por encima de la constelación de valores (incluyendo el valor justicia que ocupa la cúspide), se presenta la

528 BIDART, 1991. 46-47.

ética con el valor personalidad que brinda una contextura humanista al derecho.

Lo que nos interesa destacar es la fuente del derecho. Para esta escuela iusnaturalista, el orden natural está confundido con el valor justicia que exige positividad de los aludidos derechos morales en la estructura legal. Es decir, no se trata de reconocer simplemente juridicidad a los derechos aún cuando no tengan eco en el sistema normativo, sino que sin dejar de atribuir la juridicidad inmanente de los derechos por su direccionalidad al valor justicia, se entiende que es necesaria la receptación de los mismos en el mundo jurídico-político, siendo importante el reconocimiento de tales derechos por el sitema oficial. "Que la raíz ética sea previa, no equivale a sostener que esa misma raíz ética deje de penetrar en lo jurídico y se juridice. Significa, solamente, que lo jurídico tiene una asendencia moral, una filiación ética, de la cual se contagia o, en otros términos, que el fundamento ético penetra en la esencia de lo jurídico. En suma, los derechos humanos tienen un fundamento jurídico que el derecho toma de la ética: el fundamento ético está por detrás (como respaldo) y por encima (como vértice) del fundamento jurídico; en la cadena de fundamentación hay un eslabón jurídico que se anuda al previo eslabón ético."[529] Entonces queda bastante claro que la juridicidad de los derechos humanos no depende de su entroncamiento con el sistema legal formal del Estado, sino de la fundamentación jurídica que está religada al fundamento ético. En esta forma la ética cumple un papel importante en la fundamentación del derecho.

Pero también es importante aclarar que la juridicidad de los derechos morales no queda únicamente en el plano metalegal o ultraestatal afincado en el valor justicia de cara a la ética embebido del valor personalidad propio de cada ser, sino que existe una

529 BIDART, 1991, p. 68.

exigencia de este mismo valor, de ser receptado este derecho en el mundo normativo. Bidart Campos manifiesta[530]: "Es loable el intento filosófico de anteponer a la positividad un techo ético con exigencias que, en orden a la dignidad humana, se dan en llamar derechos morales. Se evita así incurrir en la peor soez positivista. Es asimismo digno de encomio pretender que a cada una de esas exigencias éticas denominadas derechos morales le reciproque -en identidad- un derecho positivo... En síntesis, para nuestro punto de vista los supuestos derechos morales están sumergidos en la juridicidad, aun cuando precisan positivarse en el mundo jurídico (derecho positivo o vigente), y son exigencias del deber ser ideal del valor (valente y exigente) que subsisten incólumes a pesar de la eventual falta de recepción en aquel mundo. La positividad es necesaria -es exigible por virtud del valor- pero su ausencia no priva de juridicidad al deber ser ideal de ese mismo valor justicia. Precisamente, la juridicidad de lo que se llama derecho positivo proviene de su sentido direccional hacia la justicia (aunque acaso el derecho positivo sea injusto)."

Es decir, lo jurídico depende del valor justicia que exige que los derechos morales sean recepcionados por la positividad, pero si no se da tal extremo, no se elimina la aludida juridicidad. Es que la eticidad de los derechos morales no colisiona con la juridicidad del valor justicia y de los demás valores, ya que demandan tomar encarnadura en las dimensiones sociológica y normativa del mundo jurídico.

De esta manera, la protección legal no es constitutiva del derecho subjetivo, sino que es un instrumento adicional de auxilio. Ahora bien, si-bien es cierto que el derecho positivo sólo reconoce los derechos naturales, también es cierto que constituye esos derechos en positivos sin otorgarles por esa constitución de positividad la juridicidad. "Cuando los hombres imprimen positividad a los derechos

530 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 81.

están haciendo simultáneamente dos operaciones: 'reconociendo' aquella instancia previa de deber ser, y en seguimiento de ella 'constituyendo' en positivos a los derechos que, hasta ese momento, realmente no eran positivos (por más que sean naturales o morales). Es claro que el reconocimiento prevalece sobre el constitutivo, pero lo constitutivo, hace falta... En lenguaje iusnaturalista, hay que traducir la idea a esta otra: el derecho natural se trasvasa al derecho positivo porque con éste y a través de éste ingresa a la dimensión sociológica del mundo jurídico (positivización del derecho natural), y el derecho positivo retiene la naturalidad de los derechos humanos porque da encarnadura al deber ser ideal del valor justicia, o derecho natural (naturalidad del derecho positivo). El contacto recíproco entre derecho natural y derecho positivo permite esclarecer lo que en el segundo hay de reconocimiento tanto como de carácter constitutivo de los derechos, ya que la fase de reconocimiento es la positivización o recepción de los derechos naturales del hombre en el mundo jurídico, y la fase constitutiva -sin separarse en lo real de la otra- implica 'constituir' (o transformar) en derechos positivos a los que, previamente, el deber ser ideal del valor exige como debidos a la persona humana."[531]

En esta medida el planteamiento nos resulta bastante claro y sin equivocidad, ya no se contrapone la constitución de los derechos al aspecto meramente declarativo, donde la primera sería propiedad del positivismo y la segunda sólo del iusnaturalismo. Se llega a un punto de consenso mediante el cual el acto de recepción positivo no crea el derecho cuya juridicidad obedece al valor justicia y a la ética, sino que simplemente reconoce tal derecho jurídico, pero paralelamente también ese proceso de reconocimiento constituye, a su vez, un acto de constitución del derecho natural -que es jurídico-

531 BIDART CAMPOS, 1991, pp. 103 y 104.

en positivo, es decir que le brinda positividad (entendida ésta como vigencia normológica). De esta forma, lo positivo viene a ser el cascarón formal, una costra, una superficialidad que es importante pero que no crea el derecho en sí, es decir, no otorga juridicidad sino formalidad positiva necesaria al derecho para su consecuente vigencia normológica.

Volviendo a nuestro tema sobre los efectos jurídicos, estos gozarían de juridicidad anterior y superior a la positividad, de modo que serían suprapositivos, metajurídicos o ultralegales. Los efectos son jurídicos por la juridicidad dimanante del valor justicia en entronque con la ética. De esta forma, el proceso de positivización de los efectos jurídicos, cumple doble rol: por un lado, reconocería la juridicidad de los efectos, y por otra constituiría en positivos tales efectos que son jurídicos por su naturaleza. La norma legal no da juridicidad a estos efectos, sólo los reconoce, poro también los constituye en positivos por la receptación en su seno.

Para entender con claridad cómo trabajan estos efectos jurídicos en el plano práctico, veamos un caso planteado por Bidart Campos (1991, p. 109), en el cual un tribunal judicial se encuentra ante la carencia de una norma que prevea el reajuste de deudas en épocas de inflación, resolviendo pagar el importe dinerario entregado por el acreedor en igual cifra nominal que la recibida por el deudor, siendo injusto si no se reintegra la suma actualizada que considera justa para restablecer el equilibrio de las prestaciones como consecuencia de la depreciación monetaria. De modo que aquí se habría producido una aplicación coactiva de una exigencia del valor justicia, traspolando la juridicidad de ésta a la positividad del mundo jurídico.

En este ejemplo podemos ver cómo los efectos jurídicos de un préstamo, se dan independientemente de la existencia o no de alguna norma que diga si se debe o no actualizar la suma mutuada. Es

por la demanda del valor justicia, por la que se realiza una aplicación judicial que reconoce los efectos jurídicos sin estar previamente positivizados.

Por otra parte, veamos cómo se comportan los efectos jurídicos, desde la perspectiva del iusnaturalismo, en el marco de los contratos. Sabido es que la libertad jurídica, la autonomía de la voluntad, funciona como un derecho subjetivo que constituyó un poder jurídico de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, pero es necesario entrever si el contrato -acto jurídico por excelencia- es fuente de efectos jurídicos porque la norma lo establezca así o por la propia naturaleza consensual de las voluntades. "El contrato no es fuente del derecho porque el estado la habilite o autorice; o sea, porque haya una ley que le conceda aptitud de engendrar obligaciones y derechos; sino que es una *fuente autónoma originaria a* la que la constitución reconoce, y que produce efectos 'ex voluntate' y, no 'ex lege'... Ello es así porque la libertad jurídica que la constitución acoge y auspicia, entraña necesariamente el efecto de que con su ejercicio se pueden producir consecuencias jurídicamente relevantes... La filiación iusnaturalista de la constitución no se compadece con la idea de que el contrato es una fuente derivada de la autorización estatal (ex lege), sino con la opuesta de que es una fuente que surge del derecho de libertad (ex voluntate)... El contrato es fuente originaria, autónoma y extraestatal de obligaciones..."[532]

De este modo, la libertad jurídica expresada en el derecho humano a contratar, es una fuente supralegal, extrapositiva, metaestatal de producir obligaciones, relaciones jurídicas y efectos jurídicos. Es decir, los efectos no son jurídicos porque el Estado diga que lo son, sino simplemente porque el contrato los crea, independiente de la voluntad estatal, la que, como vimos, reconoce estos efectos y los

532 BIDART CAMPOS, 1987, pp. 34 y 35.

constituye positivamente, sabiendo que su juridicidad es anterior y superior al Estado y a la norma.

Queda, por último, esclarecer si la juridicidad ínsita de estos efectos generados por el contrato, o sea su justicia, será inamovible o inalterable, o si por el contrario, existe prueba en contrario. "El contrato -dice Bidart Campos[533]-debe presumirse conforme a la justicia solamente en razón de ser libremente consentido. Esta presunción se mantiene hasta que se prueba otra cosa en contrario." En este sentido se postula una presunción *iuris tantum* de justicia, de juridicidad, de carácter provisorio.

Queda así explicado claramente, aunque no muy profundamente dada la naturaleza de este trabajo, la óptica de esta escuela frente al contrato, a la voluntad y a los efectos jurídicos. Veamos ahora la postura sociológica.

3ˢ Escuela Sociológica y el Historicismo

Así como las dos doctrinas anteriores, ésta también posee una multiplicidad de dimensiones, matices y versiones que es casi imposible enmarcarla en una estructura uniforme y homogénea. Bástenos un breve y sucinto repaso.

Durante el siglo XIX en Alemania, gracias a Savigny, se construye la escuela historicista del Derecho que supuso que cada pueblo construía en su diario quehacer el Derecho que le era correspondiente, donde el jurista sólo lo tomaba, organizaba y le daba un marco teórico hasta convertirlo de derecho popular en derecho culto[534]. La coyuntura que vivía Alemania dio pie a la formulación de esta teoría por cuanto frente a la culminación del imperio Napoleónico que impuso el Código Francés a Alemania, surgió la discusión de si

533 BIDART CAMPOS, 1987, p. 121.

534 RUBIO CORREA, 1991, pp. 383-384.

se debía o no aceptar tal norma como parte del derecho interno, triunfando la tesis historicista.

"La escuela historicista es hoy recordada no fundamentalmente por el importante trabajo que hizo sobre las fuentes consuetudinarias alemanas, sino por su grandiosa sistematización y recreación del Derecho Romano", según comenta Rubio.[535] De este modo, se recotizó el valor de la conducta social del pueblo en la creación y conformación del Derecho, donde Ihering rescató la necesidad concreta de la edificación de una sociología del Derecho en base a esta perspectiva general.

Finalmente, dentro de los aportes importantes de esta escuela se encuentra la revalorización de la conducta en la realidad y su mutua retroalimentación con el derecho, dejando por ende el método sociológico de interpretación y los criterios teleológico-sociales dentro de la estructura del derecho, que asumen a la costumbre como una fuente importante del Derecho.

Veamos ahora una corriente sociológica, desde la cantera del materialismo dialéctico, que postula que la estructura socio-económica de una sociedad condiciona la superestructura mental de la misma. Para ello la estructura –según esta teoría- está formada por el modo de producción (que engloba las relaciones de producción y las fuerzas productivas que se le oponen), y que determinan la superestructura jurídica (derecho), superestructura política (el Estado) e ideológica (moral, religión, filosofía, etc.).

Marx, en el prólogo de la "Crítica de la Economía Política", lo expresaría de la siguiente manera:[536] "El resultado general al que llegué y que, una vez obtenido, me sirvió de guía para mis estudios

535 RUBIO CORREA, 1991.

536 RENDON VÁSQUEZ. 1989. pp. 83-84.

puede fórmularse brevemente de este modo: en la producción social de su existencia, los hombres entran en relaciones determinadas necesarias, independientes de su voluntad; estas relaciones de producción corresponden a un grado determinado de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, la base real, sobre la cual se eleva una superestructura jurídica y política, y a la que correponden formas sociales determinadas de conciencia. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política e intelectual en general. No es la conciencia de los hombres la que determine la realidad; por el contrario, la realidad social es la que determina su conciencia. Durante el curso de su desarrollo, las fuerzas productivas de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción ya existentes, o, lo cual no es más que su expresión jurídica, con las relaciones de propiedad en cuyo interior se habrán movido hasta entonces. De formas evolutivas de las fuerzas productivas que eran, estas relaciones se convierten en trabas de estas fuerzas. Entonces se abre una era de revolución social. El cambio que se ha producido en la base económica transtorna más o menos lenta o rápidamente toda la colosal superestructura."

Entonces, con este pasaje breve da la obra de Marx, podemos comprobar cómo esta teoría sociológica postula que la estructura económica determina la superestructura mental de una sociedad, es decir que el modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política e intelectual en general. Ahora bien, la doctrina ha cuestionado mucho este rígido determinismo en el que no se daba oportunidad a pensar en que la superestructura ideológica pueda ejercer, a su vez, influencia recíproca en la vida material de la sociedad.

A partir de ello la relación entre estructura y superestructura no sería una relación mecánica, o una determinación absoluta de la superestructura por la estructura. A este respecto Engels acotaría[537]: "Según la concepción materialista de la historia el factor que en última instancia determina la historia es la producción y la reproducción de la vida real. Ni Marx ni yo hemos afirmado nunca más que esto. Si alguien lo tergiversa diciendo que el factor económico es el único, convertirá aquella tesis en una frase vacua, abstracta, absurda. La situación económica es la base, pero los diversos factores de la superestructura que sobre ella se levantan, las formas políticas de la lucha de clases y sus resultados, las constituciones que, después de ganada una batalla, redacta la clase triunfante, etc., las formas jurídicas e incluso los reflejos de todas estas luchas reales en el cerebro de los participantes, las teorías políticas, jurídicas, filosóficas, las ideas religiosas y el desarrollo ulterior de éstas hasta convertirlas en un sistema de dogmas, ejercen también su influencia sobre el curso de las luchas históricas y determinan, predominantemente en muchos casos, su forma. Es un juego mutuo de acciones y reacciones entre todos estos factores, en el que, a través de toda la muchedumbre infinita de casualidades (es decir, de cosas y acaecimientos cuya trabazón interna es tan remota o tan difícil de probar, que podemos considerarla como inexistente, no hacer caso de ella), acaba siempre imponiéndose como necesidad el movimiento económico. De otro modo, aplicar la teoría a una época histórica cualquiera sería más fácil que resolver una simple ecuación de primer grado."

De esta manera podemos concluir que la relación entre la estructura material y la superestructura ideológica, en la que se encuentra encerrada el derecho, es una relación dialéctica de

537 RENDON VÁSQUEZ, 1989, pp. 85 y 86.

mutua interacción, donde también la superestructura influye en la estructura y hasta determina en muchos casos su forma.

A partir de lo anterior, el derecho sería la expresión de la voluntad de la clase social en el poder, dependiendo de la situación histórica en la que se encuadre la sociedad. Por ejemplo, en una sociedad esclavista, el derecho será la manifestación de la clase dominante esclavista, lo mismo ocurriría con la sociedad feudad y hasta con la sociedad capitalista ya estudiada en profundidad *ut supra.*

De esta forma, si el derecho es la expresión social de una voluntad de poder de un grupo enquistado en el poder, éste será estatal, positivo y constitutivo de derechos. De esta forma, no existirá derecho mientras el Estado no lo constituya, mientras el sistema legal normativo no lo recepte en su seno. Asimismo, los efectos jurídicos de los actos o negocios jurídicos serán también constitutivos, de modo que no podría pensarse en efectos jurídicos "*ex voluntate*" puramente, por cuanto el derecho y sus efectos tienen un carácter estatal oficial. De aquí se podría concebir una teoría del acto o negocio jurídico en la que los efectos jurídicos serían tales porque la norma jurídica los constituiría otorgandoles tal categoría.

Sin embargo, esta corriente sociológica también considera al derecho como un producto de la vida social de los seres humanos (en Roma antigua se decía *ubi societas*, *ubi jus*, donde hay sociedad, hay derecho), y por lo tanto sería un hecho cultural, es decir el derecho entendido como la forma de una determinada nanera de ser de las relaciones sociales, contigurando una expresión cultural de cada sociedad.[538]

Pero veamos que en las situaciones domésticas el hombre no sólo contrae relaciones jurídicas, sino otras de diverso carácter. "Las

538 RENDON VÁSQUEZ, 1989, pp. 11 y 12.

decisiones que el hombre toma -dice Rendon Vásquez (RENDON VÁSQUEZ, 1989, p. 28) - no son sólo jurídicas; son fundamentalmente económicas, familiares, personales, ideológicas, etc., puesto que sus actos y hechos son materialmente de este carácter. Lo jurídico no requiere una decisión independiente de la adoptada respecto del contenido del acto o hecho. La norma jurídica, es, en este caso, un dato a considerar en la elaboración de la decisión, y concurre con los demás datos a causar su conducta".

A partir de esta glosa, en el marco de una doctrina que -basada en el materialismo histórico- pretende contexturizar el derecho como norma y como relación social, podría pensarse que la juridicidad viene impregnada en el seno del mismo acto jurídico cuando se atisban factores internos de carácter económico, familiar, ideológico, etc., que generan vinculatoriedad de tipo jurídico.

No obstante ello, para salir de la probable duda que podría nacer como consecuencia de la supuesta controversia sugerida precedentemente, aclaramos la situación con otra nota del mismo Rendón (1989) cuando se refiere al mecanismo del derecho subjetivo, en el sentido siguiente:

> Se podría decir, en síntesis, que el derecho subjetivo es, no un interés, sino una facultad o poder que el individuo tiene por la cual puede exigir a otra u otros dar, hacer o no hacer algo, y que esta facultad se encuentra reconocida y protegida por la norma, a la que se denomina derecho objetivo... Así, en la conciencia del individuo se dan los siguientes hechos: la representación del derecho objetivo o norma, la idea de la facultad o del derecho subjetivo, la idea de la conveniencia o inconveniencia para él de reclamar el derecho subjetivo, o de la solidez o inconsistencia de éste como tal o en relación a la norma, y la decisión o voluntad de

> obrar en pos de la defensa de su pretensión o de renunciar a hacerlo temporal o definitivamente. Correlativamente, en la conciencia de una persona obligada a cumplir una prestación existirá también la representación de la norma, la representación de la obligación a cumplir, la evaluación de la conveniencia o inconveniencia para él de hacerlo o no, y la decisión que tome. (pp. 35-36),

Entonces queda claro que el derecho subjetivo es reconocido y protegido por el ordenamiento legal, pero que este mismo lo constituye por cuanto la persona habilitada a exigir a otro una prestación, debe pensar primero en la norma jurídica, debe representarse idelamente este derecho objetivo y consecuentemente su conveniencia o inconveniencia. En este extremo diríamos que también en el ejercicio de los derechos subjetivos, la representación mental de la norma será importante. Citando a Kelsen, Rendón Vásquez (1989, p. 34) piensa que *solamente* cuando una norma jurídica coloca a un individuo en posición de defender sus intereses se crea un derecho subjetivo a su favor, el que no puede ser opuesto al derecho objetivo, ya que sólo existe en la medida en que el derecho objetivo ha creado el subjetivo.

A estas alturas de la discusión, se presentan, al interior de esta teoría, dos tesis que avalan la forma en que el derecho se gesta, es decir, una que postula una fuente sociológica y otra que se inclina por un sustrato meramente legal; y que en cierta forma ambas se confunden y donde los límites no aparecen del todo claros. En este sentido, se reconoce que el derecho no sólo es una construcción abstracta o normativa sino también que se encuentra en las conductas de las personas, en sus relaciones con las demás, donde el derecho aparecería implícito en esas relaciones constituyendo su forma. De esta manera, el derecho se materializaría en las mismas relaciones del

hombre en conexión con otros dentro de un grupo social, ejecutando sus facultades y cumpliendo sus obligaciones.[539]

Para aseverar este aserto, se manifiesta posteriormente: "el derecho pertenece al ámbito del ser; o de la materialidad social. No es únicamente deber ser, se identifica con las relaciones sociales, y las acompaña como su forma legal. Las actividades humanas son múltiples: de orden económico, administrativo, técnico, familiar, vecinal, cultural, recreativo, etc., pero en cuanto implican una relación interpersonal caen bajo la regulación de las normas legales, y adquieren una forma legal conservando su naturaleza material. Por lo tanto, toda relación social, por simple o compleja que sea, es una relación jurídica. Se podría decir que el derecho existe en esas relaciones y que su dinámica sólo se explica y justifica por ellas."[540]

Hasta este momento, podríamos pensar que existe derecho, y por ende juridicidad en las simples relaciones sociales sin necesidad de una norma legitimante y constitutiva. No obstante, todavía no queda claro si estas relaciones sociales pudiesen sobrevivir a una ausencia de formalización positiva. Rendón diría:[541] "Lo jurídico sólo puede existir fuera de los actos y hechos de relación social como una abstracción. Su plasmación real se da con éstos al momento de su ejecución... Al hecho social se le denomina *acto jurídico* si es producido por la voluntad y se sujeta a las normas, ya como la decisión de una persona, ya como el acuerdo de varias, ya como el cumplimiento de las obligaciones emergentes de esas decisiones. Cuando los individuos prescinden de las normas legales, sus hechos de relación social se tornan no legales, lo que puede ir desde la infracción de las normas administiativas hasta la comisión de delitos."

539 RENDON, 1989, p. 63.
540 RENDON VÁSQUEZ, 1989, p. 64.
541 Rendón Vásquez, 1989, p. 65.

De ahí que quepa realizar una aclaración primigenia. Existe un derecho normativo el que se manifiesta en el *deber ser* ideal, y otro de carácter concreto que es el que se da en el *ser*, en la vida real, identificado con las relaciones sociales como su forma legal. Entonces toda relación social cae bajo la férula, protección, influjo y dominio de la norma legal la que le brinda una formalidad sin desnaturalizar su naturaleza material. De ahí cabe señalar que la pretendida noción ultralegal del derecho sustentada en las relaciones sociales no es tal, por lo que a fin de cuentas se incurre en una posición positivista.

Entonces no podría pensarse que el derecho también se da por una fuente sociológica extraestatal, metajurídica o suprapositiva, enancada en las relaciones sociales, ya que luego se indica que todo hecho de relación social debe tener una forma legal como condición de su validez, queriendo significar que, si no existiese norma, tal relación social sería vacua. *Ad literam*, se expresa:[542] "Así, por ejemplo, una norma que regula la compraventa de inmuebles estará presumiblemente en la conciencia de todos los sujetos y con más intensidad en la de quienes requieran o puedan vender o comprar inmuebles; cuando se de la oportunidad de una compra o de una venta de un bien de esta clase, la norrna será rememorada, posiblemente leida y estudiada de nuevo, y luego se exteriorizará en la forma del acto de comprar y de vender." Con ello se aclara la situación de que la relación social es derecho en tanto y en cuanto exista una norma validante.

Es decir, no se considera al derecho estatal como un procedimiento de constatación del derecho preexistente en la sociedad, al modo de Gurvitch, fuertemente criticado por Rendón[543]. El derecho sería validante de juridicidad a través de la norma y no

542 RENDON VASQUEZ, 1989, p. 63.

543 RENDON VASQUEZ, 1989.

convalidante de la juridicidad que se originaría en fuentes voluntarias personales.

Finalmente, y recapitulando lo expresado anteriormente, el acto jurídico depende de la voluntad siempre y cuando no extralimite los linderos señalados por la norma objetiva, enfatizando que cuando las partes prescinden estas normas legales se incurre en infracción. De esta forma, también los efectos jurídicos serán fruto de una concepción en la cual el derecho es norma jurídica y relación social, por lo que la juridicidad vendría a ser impuesta por el derecho oficial siempre que exista interactuación de personas en un plano material, en el que el derecho objetivo daría formalidad a estos asuntos.

4º Posición Personal

Particularmente, creemos en una postura ecléctica que acepta los aportes del positivismo, iusnaturalismo y sociologismo, de modo tal que al derecho se lo recepte como un universo jurídico preñado de condutas, normas y valores, rechazando cualquier unidimensionalismo sectario y encorsetante.

Es así que, en materia tan controvertida como las fuentes de los derechos objetivos es difícil proponer una noción que facilite el razonamiento encaminado a una dirección asertiva y alumbre el camino emprendido. Tarea difícil pero no imposible, en la medida en que hemos revisado sucinta y superficialmente -aunque con ello estemos premunidos de herramientas elementales de análisis- algunos de los variados matices que son capacaes de presentar escuelas de raigambre histórica tan importantes y de tan alta alcurnia como el iusnaturalismo, el positivismo y el sociologismo.

Sin embargo, debemos proponer una alternativa de solución a este mare mágnum jurídico-doctrinario, sobre todo con respecto a nuestro pronunciamiento en torno a la dinámica de los efectos jurídicos. Para ello necesitamos asirnos de un concepto lo

suficientemente claro que nos prodigue la luz sobre la gestación del derecho subjetivo en concreto.

No creemos, de plano, que los derechos humanos -entre los cuales se encuentra el derecho a contratar como ejercicio de la libertad y autonomía de la voluntad- sean constituidos por el Estado. Creemos que los derechos son posteriores y superiores al Estado y que el sistema normativo oficial realiza dos funciones: En primer lugar, reconoce un derecho que preexiste, y en segundo lugar, constituye tal derecho en positivo, es decir que le da formalidad de positivo, lo constituye en derecho positivo, ya que antes no lo era.

Decir que el derecho es anterior y superior al Estado, es decir que la norma legal no constituye la juridicidad del derecho. Ahora bien, es importante también nanifestar nuestra posición respecto a la raigarnbre o fuente de esta juridicidad extraestatal, suprapositiva y metanormológica.

Para cumplir el cometido de la sugerencia anterior, es importante recordar que el mundo jurídico está compuesto por tres dimensiones en permanente comunicación: Tenemos una dimensión sociológica integrada por el orden de las conductas, luego una dimensión dikelógica, constituida por los valores -y el valor justicia por excelencia como cúspide del plexo valorativo- y una dimensión normológica, integrada, claro está, por las normas jurídicas.

Asimismo, después del recorrido por las tres principales escuelas jurídicas, “podemos concluir que cada una de ellas tiene un razonamiento muy importante con respecto a la naturaleza del derecho, de donde sus aportes son muy meritorios y enjundiosos, pero creemos quo son teorías que, al actuar por separado, no explican el problerna en conjunto, es decir, son insuficientes por sí solas y requieren de una conjunción con lo mejor de las teorías coetáneas.

De ahí que el universo jurídico se componga de normas, conductas y de valores.

A partir de esta posición, debemos dirigir nuestra atención a la manera en que estas tres dimensiones forman el derecho, lo contexturizan y lo fenomenizan. Para nuestro criterio, desde la estricta posición de la dimensión de las conductas, las mismas relaciones sociales generan derecho de por sí. En este sentido la juridicidad estaría impregnada en la relación de alteridad incardinada en una operación simple o compleja que los individuos tienen a bien efectuar, aunque no se constate protección o reconocimiento previo del orden normativo.

Se nos presenta la imagen de una transacción comercial artesanal, primitiva, primigenia, básica y elemental en el seno de una sociedad también primitiva, en la que existía el trueque o cambio de un bien por otro (permuta para el derecho moderno[544]), en el que la misma relación de alteridad, la reciprocidad ínsita de este juego de prestaciones y contraprestaciones, da lugar al nacimiento de derecho, entendido como el sentido de obligatoriedad, de respeto al acuerdo, del sentido de justicia en la proporcionalidad entre los bienes que se reciben y entregan, etc. Ello conlleva presencia de derecho en el seno de la misma relación social; no es que la relación económica-comercial sea derecho, sino que la juridicidad está dada por la forma en que se respeta el acuerdo, la forma en que se pacta, se comercializa, se intercambia, en el sentido de justicia adherido a la operación y su consecuente obligatoriedad, etc. A partir de allí podrían darse los efectos jurídicos con toda normalidad, por cuanto, la juridicidad no viene adosada como un elemento impuesto desde las alturas de la legalidad o la normatividad, algunas veces inexistente,

544 Artículo 1602 del Código Civil de 1904: "Por la permuta los permutantes se obligan recíprocamente a transferirse la propiedad de bienes."

sino por la imperatividad social. A partir de allí, la función del derecho estatal sería simplemente la de ejercer un reconocimiento de los derechos que preexisten a su incorporación.

Sin embargo, tampoco debemos dejar de lado un aspecto sumamente importante cual es la dimensión dikelógica conformada por los valores, y sobre todo por el valor justicia que desde su deber ser ideal valente y exigente, demanda al derecho objetivo la receptividad en su regazo de los derechos humanos, cuya juridicidad viene dada por su sentido de direccionalidad al valor justicia, y éste por su entronque con la ética en la figura del valor personalidad propio de cada ser hurnano.

Predicar que desde la perspectiva valorativa, el valor justicia, emparentado con la ética, también es un soporte asertivo de los derechos -y que, a partir de esta concepción, el derecho positivo sólo reconoce tal juridicidad o en todo caso, sólo constituye su positividad- no es entrar en contradicción con el discurso proveído por el hontanar sociológico. Pensamos que tanto la ética como las relaciones sociales (superestructura y estructura, en el pensamiento sociologista), pueden brindar un utiliaje valioso que no contraviene ningún principio de ambas.

Actualmente la actuación de los valores vienen siendo revalorizados por el derecho moderno de modo que su función en el tramado societal es de vital importancia por cuanto brinda suficiente sustento para respaldar la juridicidad de los derechos llamados morales y que por ello mismo, exigen positivizarse en el plano normativo oficial. Sería ilógico pensar que los derechos se encuentran juridizados y exigibles sólo en el campo societal y moral, sin necesidad de receptación en el plano normológico. Pensamos que es importante la calificación de la norma, la recepción positiva de los derechos, por cuanto constituye una garantía de cumplimiento, de

constitución positiva aunque no de constitución ontológica, cuando sí de reconocimiento legal.

A este respecto, también es importante aclarar que el derecho a contratar, como un derecho humano, cuya validez viene religada y amparada tanto por el valor justicia como por la misma relación conductual, genera efectos jurídicos que tienen una presunción relativa *iuris tantum* de justicia. Vale decir, los efectos prácticos serán presumidos jurídicos o justos en tanto no se diga lo contrario, lo que sería materia de probanza. De esta forma, muy bien se comprende como los efectos jurídicos no son buscados por las partes por ser jurídicos, sino que son simples efectos prácticos reputados jurídicos en tanto no se demuestre lo contrario. Sería ridículo pensar que las partes conocen toda la normatividad oficial y que buscan efectos dados y prodigados por aquélla. Sobre este aspecto volveremos más adelante.

Ahora bien, *la función social* o *causa económico social* —entendida como causa objetiva para la doctrina italiana- también vendría adosada a los efectos jurídicos, más en concreto al contrato, ya que el factor social en la modalidad de función socialmente relevante, es una configuración que viene aneja a toda contratación, y también configura una presunción relativa de juridicidad social en cuanto será socialmente relevante toda operación mientras no se pruebe lo contrario.

Como vemos, todas las partes que parecían desestructuradas, empiezan a cobrar sentido, y el lector podrá saborear que no fue un gasto insulso de tiempo el hecho de tratar de comprender la génesis de los derechos en la historia, las dimensiones del mismo y hasta la naturaleza de los efectos jurídicos ligados a la causa función socioeconómica o causa *espejo*.

Veamos ahora, una vez que hemos analizado la materia en cuestión, el grueso de la construcción abstracta del acto jurídico tanto en su aspecto primitivo como en el aspecto moderno.

11. TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO

Parece ser que uno do los aspectos que separa la teoría del acto jurídico de la teoría del negocio jurídico se encuentra en el proceso de construcción teórica de ambas abstracciones. De ahí que convenga empezar a desarrollar el tratamiento de la teoría del acto jurídico desde el concepto de hecho jurídico.

11.1. El Hecho Jurídico

El hecho jurídico es definido como el acontecimiento capaz de generar consecuencias para el derecho. Vidal Ramírez[545] menciona que el hecho es jurídico en la medida en que sea así calificado por el Derecho y produzca consecuencias jurídicas; no existiendo el hecho jurídico *per se* sino en cuanto merece esta calificación. A partir de ello podríamos pensar que el derecho constituye el hecho jurídico, ya que sin su calificación sería simplemente un hecho común y corriente sin trascendencia para el derecho.

Por ejemplo, un sismo traerá consecuencias para el derecho siempre y cuando ocasione daños a la propiedad o a los hombres, en cuyo caso será un hecho jurídico porque los efectos son calificados por el ordenamiento legal y los constituye en jurídicos; en cambio, si ese mismo sismo se produce en una región desértica donde no existe ningún daño para nadie, será un simple hecho de la naturaleza sin importancia para el derecho.

De ahí que sean los efectos, las consecuencias las que son tomadas en cuenta por el derecho para calificarlas de jurídicas o no,

545 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 29.

por lo que cualquier hecho no puede ser jurídico, sino en la medida en que el sistema normativo realiza una calificación jurídica del hecho —natural o humano- cuyas consecuencias juzga trascendentes para el Derecho, por lo cual queda subsumido en la categoría de jurídico.

Para Vidal Ramirez (1990b) el hecho jurídico es tal como consecuencia de una valoración, con lo que podría entenderse que la norma jurídica es la que constituye la juridicidad del hecho a partir de su calificación, de modo que no habría un fenómeno de reconocimiento sino de Constitución; en ese sentido menciona *ad* pedem[546]:

> Por eso, participo del criterio doctrinal que considera que tanto el hecho como la norma son igualmente necesarios para la producción del efecto jurídico." Con lo cual se va formando una trilogía conceptiva en la que participa el hecho, la norma y el efecto jurídico a partir de esa valoración. De ahí que "el hecho jurídico lo es en cuanto es condicionante de los efectos jurídicos previstos en la normativa y tales efectos se dan porque la norma los causa. (p. 30).

Es decir, de seguir este planteamiento al pie de la letra tendríamos que una consecuencia no será jurídica si la norma no le reconoce ese carácter. El efecto viene previsto en la norma, la que causa el efecto jurídico, existiendo una relación de causalidad de carácter etiológico (causa fuente) que es menester entender. Es así que tanto el hecho como la norma son importantes para el acto jurídico: por una parte el hecho brinda el sustrato material a partir del cual la norma pone en movimiento su sistema de calificación para encerrar en su seno la trascendencia del acto y otorgar la juridicidad a esas consecuencias

546 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 30.

en la medida en que tales actos tengan directa concomitancia con el factor humano o su propiedad.

Bajo esta óptica es que podemos revisar la nota del artículo 896 del Código Civil Argentino cuando manifiesta: "La función de los hechos en la jurisprudencia eficiente. Si los derechos nacen, si se modifican, si se transfieren de una persona a otra, si se extinguen, es siempre a consecuencia o por medio de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho, y precisamente de la variedad de hechos procede la variedad de derechos".[547]

Ahora bien, conviene precisar cuál es la entidad o entidades que causan el efecto jurídico. "El hecho jurídico, para sintetizar, es la causa de efectos jurídicos expresa Vidal Ramírez (1990b)- y por esta relación de causalidad puede resultar más apropiada la denominación de hechos jurígenos que la de hechos jurídicos"; y luego continúa diciendo que el hecho jurídico lo es en cuanto es condicionante los efectos jurídicos previstos en la normativa, y tales efectos se dan porque la norma los causa. (p. 30).

En este sentido podemos concluir que el hecho jurídico es jurígeno en tanto genera efectos jurídicos, pero no será hecho jurídico si es que el ordenamiento legal no lo tipifique como tal, de modo que el hecho necesariamente requiere de la autorización normativa para gozar del carácter de jurídico y de allí producir efectos con la calidad de jurídicos; al contrario, sin esa calificación, se producirán efectos que serán cualquier cosa menos jurídicos.

Entonces surge la pregunta de si los efectos son causados por la norma o por el propio comportamiento. En las citas reseñadas de Vidal Ramírez, coautor del libro II y uno de los mejores expositores de la teoría del Acto Jurídico en el Perú, considera que ambos son

547 Código Civil do la República Argentina. La Ley. 1990, p. 190.

los causantes, vale decir que existen dos causas del efecto jurídico desde los trebejos del hecho jurídico: tanto el comportamiento como la norma. Sin embargo, hay que entender este hecho no como simple evento sino como un acontecimiento jurídico, que lo es en la medida en que el derecho lo estatuya; en otro sentido será un mero acto sin ninguna relevancia para el derecho.

Ahora bien, es menester indagar acerca de la causa mediata y la inmediata con respecto al hecho jurídico. Creemos que el hecho material es la causa inmediata, por cuanto es productora de efectos que se hacen jurídicos por la valoración del orden normativo que consituye su causa mediata. La norma será un instrumento que proponga la relación de causalidad entre el hecho y el efecto jurídico.

De seguir con el criterio de Vidal Ramírez que cree importante la confluencia del hecho y la norma para la creación del hecho jurídico, atisbamos un ingrediente positivista en su entendimiento, porque supone al derecho como el causante de la juridicidad de los efectos. En todo caso, como ya lo explicamos, el hecho material y real será la causa inmediata, mientras que la norma jurídica constituirá la causa mediata de estos susodichos efectos jurídicos.

11.2. Hechos Humanos

Por otro lado, los hechos jurídicos pueden ser fruto de acontecimientos de la naturaleza o del hombre, estos últimos pueden ser voluntarios o involuntarios. Serán hechos jurídicos naturales aquellos que tengan por causa eficiente un acontecimiento de la propia naturaleza que acarree consecuencias jurídicas, tales como los seísmos que estragan el patrimonio de las personas, u otros hechos naturales como el transcurso del tiempo que genera la prescripción o la caducidad, o hasta la muerte.

Serán hechos jurídicos humanos los provocados por la mano del hombre. Sin embargo, la doctrina tiene generalizada una idea que predica que estos hechos humanos podrían ser voluntarios o involuntarios. Son voluntarios aquellos que son queridos, aunque sus efectos pueden o no haber sido previstos; mientras que los involuntarios, derivan de una consecuencia no deseada y podrían haber sido ejecutados sin discernimiento.

Sin embargo, Vidal Ramírez (1990b, p. 32-33) hace una atingencia en el sentido de que todo hecho humano es necesariamente voluntario, pero que algunas veces la voluntad puede prescindir del discernimiento, lo que no ocurre para la conceptuación del acto jurídico.

Como quiera que el Código Civil Peruano de 1936 contó con una notoria influencia del Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield, es necesario reproducir el texto pertinente del artículo referido al hecho jurídico voluntario, así el artículo 897 dice: "Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad." He aquí la premisa calificadora de los hechos voluntarios o involuntarios, sabiendo que al final todos son voluntarios y lo que importa en sí es esa intención, discernimiento y libertad.

De ahí en más el hecho jurídico voluntario puede ser lícito o ilícito. Será ilícito cuando contravenga el orden jurídico, ya sea a través de la responsabilidad civil contractual (inejecución de obligaciones) o la responsabilidad civil extracontractual (violación del deber de no dañar), dentro del ilícito civil, o la responsabilidad penal en el tramado del ilícito penal.

Por otra parte, dentro de la estructura del hecho jurídico voluntario lícito se dan aquellos hechos en los que existe declaración de voluntad y otros en los que no. Es importante anotar que aquellos

actos en los que se quiere este, pero "no se desean los efectos", tales como el hallazgo, invención, ocupación, especificación, etc., en realidad son hechos voluntarios, donde también existe deseo de lograr los efectos prácticos, aunque no exista declaración de voluntad en ese sentido. Mientras que en los actos jurídicos sí existe declaración de voluntad a fin de alcanzar tales efectos. En todo caso, la declaración de voluntad necesariamente va ligada con la producción de los efectos-práctico-jurídicos, donde en unos casos se expresa que se desea alcanzar un efecto, mientras que en otro, pese a querer ese efecto, no se lo exterioriza. Es decir, efecto jurídico querido y manifestación de voluntad en ese sentido van de la mano.

Entonces la manifestación de voluntad se convierte en el punto nuclear del acto jurídico, siendo definido como "el hecho jurídico, voluntario, ilícito, con manifestación de la voluntad y efectos queridos que respondan a la intención del sujeto en conformidad con el Derecho Objetivo."[548]

Con esta noción de acto jurídico entendemos que no se puede equiparar acto jurídico con manifestación de voluntad, sino que esta última viene a ser un elernento más -aunque el más importante- que junto a otros configuran la existencia del mencionado acto jurídico. De esta forma, el acto jurídico es más que una simple manifestación de voluntad, es una norma entre las partes, la misma que no puede colisionar con el orden social establecido, ni contravenir el orden público y las buenas costumbres.

Sin embargo, la doctrina que se inclina por la defensa de la teoría del negocio jurídico sigue equiparando al acto jurídico con la simple manifestación de voluntad, según su concepción primigenia clásica francesa, haciendo caso omiso de que esta voluntad no es

548 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 35.

el único requisito y que requiere de otros elementos para generar efectos jurídicos. Aunque, como veremos posteriormente, tanto acto jurídico como negocio jurídico conceptúan a la voluntad como el factor decisivo de los efectos jurídicos, aunque con connotaciones algo diferentes.

11.3. El Hecho Jurídico y el Acto Jurídico

Ahora bien, hemos visto cuál es la fisonomía del hecho jurídico que justamente es normativa, legalista y positivista. En este sentido podríamos creer que el acto jurídico, que es una especie dentro del género del hecho jurídico, también gozaría de la misma caracaterología, es decir, que para provocar efectos jurídicos, los actos jurídicos tendrían que ser previamente evaluados por el ordenamiento legal. A este respecto cabe alguna aclaración.

Cuando Vidal Ramírez[549] analiza el acto jurídico, lo entiende como el hecho jurídico, voluntario, ilícito, con manifestación de voluntad y efectos queridos que responden a la intención del sujeto en conformidad con el Derecho objetivo. Y luego recalca que se trata de una voluntad declarada por un sujeto que, con plena conciencia, la destina a producir un efecto jurídico.

Con ello tendríamos razones suficientes para empezar a analizar la participación doble de dos elementos: la norma y la voluntad. Ya no se trata, como en los demás hechos jurídicos, de ver el hecho y su impacto en la sociedad, sino de analizar la voluntad y su influjo en el campo negocial.

Posteriormente es el mismo Vidal el que se encarga de aclarar el panorama al decir:[550] "Además, guarda conformidad con la moderna doctrina que ve, en el acto jurídico o en el negocio jurídico,

549 Vidal Ramírez, 1990b, pp. 34 y 35.

550 Vidal Ramírez, 1990b, p. 36.

una delegación del Derecho Objetivo en la voluntad privada de la facultad de autoregulación (sic) de los intereses jurídicos, esto es, de permitir a los sujetos que van a constituirse en parte de la relación jurídica, o que ya lo son, la posibilidad de, precisamente, crearla o de regularla, modificarla o extinguirla. El concepto incorporado supone reconocerle imperio a la autonomía de la voluntad en la medida en que no colisione con el orden público, siendo necesario dejar establecido, por ello, que la voluntad requiere del amparo legal en la misma medida en que el ordenamiento jurídico, para tomar en cuenta el efecto jurídico producido requiere de la voluntad, pues no puede concebirse el amparo de actos jurídicos con finalidad contraria al ordenamiento legal."

A partir de esta cita, podemos concluir bastantes cosas. En primer lugar se manifiesta que el acto jurídico es un poder que el derecho objetivo entrega a los particulares para que autorregulen sus relaciones jurídicas. Decir ello, es casi como sostener que son los particulares quienes hacen derecho para sí mismos, queriendo significar con ello, literalmente, imponerse o autoimponerse reglas sin menoscabar el orden público. En segundo lugar, esa capacidad de autorregulación que las partes tienen es un reconocimiento de la capacidad de autonomía de la voluntad para producir derecho. Entonces el derecho objetivo constituye el derecho, sino que reconoce en la voluntad de las partes esa capacidad generadora de normas, o de efectos jurídicos.

Y en tercer lugar, se establece también la importancia del ordenamiento jurídico frente a la voluntad, en el sentido de que ambos se necesitan. Es decir, voluntad necesita de este amparo legal por cuanto existe una presunción relativa de juridicidad (presunción de no contravención al orden público, a las buenas costumbres o al factor social), y el ordenamiento legal requiere de esa voluntad generadora de efectos jurídicos. Nótese que en la parte final de la cita

Vidal Ramírez, reseñada en el parágrafo precedente, se manifiesta que el ordenamiento jurídico requiere de la voluntad para tomar en cuenta el efecto jurídico *producido.*

Es decir, que ya podemos precisar claramente que el efecto jurídico es producido por la voluntad y que el ordenamiento lo reconoce como tal y no lo constituye a diferencia de los hechos jurídicos. Concluyendo tendríamos que los hechos jurídicos están imbuidos de un sentido positivista por medio del cual el derecho objetivo construye y constituye el efecto jurídico a partir del hecho, mientras que en el acto jurídico su carácter es predominantemente extrapositivo y su fisonomía circula no por la constitución sino por el reconocimiento del efecto.

Esta conclusión la podemos contrastar dentro del mismo pensamiento de Vidal, cuando, refiriéndose a la autonomía de voluntad sustentada en la libertad jurídica, cree que la voluntad privada tiene como finalidad la producción de efectos jurídicos, y que el ordenamiento jurídico reconoce la eficacia jurídica a la voluntad de los sujetos. "La autonomía de voluntad, autonomía privada o voluntad privada... implica un reconocimiento a la libertad individual y su correspondiente tutela jurídica... Viene, además, a ser un poder jurídico que el Derecho objetivo reconoce a los sujetos de derecho para la regulación de sus propios intereses."[551]

Es decir, el carácter de reconocimiento del derecho objetivo de la autonomía de voluntad hace que los efectos jurídicos no sean constituidos por el ordenamiento legal, aunque no se puede prescindir de él, sino que son metalegales o extrapositivos. En este sentido podemos pensar que la juridicidad ínsita de estos efectos que el derecho oficial reconoce y no constituye, se fundamenta en

551 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p.49.

la autonomía de la voluntad y, por ende, en la libertad jurídica que es un derecho humano.

Entonces habría que estudiar bien, cuál es el fundamento de esta juridicidad extraestatal, o sea, si podemos incardinarla en el valor justicia de cara a la ética, o en la fuerza de la dimensión sociológica en el orden de las conductas. Nuestra posición no ve inconveniente, como lo sostuvimos *ut antea*, en basar tal fundamento jurídico en estas dos fuentes. Sin embargo, la misma fuerza del deber ser ideal valente y exigente del valor justicia, o de la fuerza conductual, impetra a que el elemento normativo brinde cobertura, recepción y andamiaje a la juridicidad anterior, de modo que la reconozca, y, en este proceso, también constituya esos derechos jurídicos en derechos positivos. Es decir, que la norma positiviza esos derechos que aún no son positivos, aunque su juridicidad no sea puesta en entredicho.

11.4. Análisis de las Críticas Endilgadas a la Teoría del Acto Jurídico

En nuestro escarceo académico, nos topamos con un libro sumamente interesante por las ideas que trasunta así como por el enfoque que viene distribuido en sus páginas en torno a la causa del acto jurídico: nos estamos refiriendo, en la doctrina nacional, al libro de Lizardo Taboada Córdova intitulado "La Causa del Negocio Jurídico", que viene a constituir el único gran intento de sistematizar, comprender y desmenuzar la figura de la causa en el seno del negocio jurídico en el Perú, desde un planteamiento filosófico e histórico cuya temática asume perfiles notables y enjundiosos, cosa que no es reproducida por ningún otro tratadista nacional dentro de nuestra antología bibliográfica. Ello sin desmerecer ensayos también importantes como la de Aníbal Torres Vásquez, u otros, que serán revisados en el capítulo correspondiente a la causa del acto jurídico en el Derecho Civil Peruano.

Taboada piensa que la comprensión de la figura causal es de vital importancia en la elaboración del concepto de negocio jurídico; y para ello, obviamente, trata de desbrozar el camino respecto a la diferencia de esta figura con la del acto jurídico a la que dirige sus más furibundos ataques. Nosotros analizarernos en esta oportunidad cuáles son los principales puntos de supuesta controversia y enfrentamiento para precisar su validez o invalidez. Veámoslo enseguida:

1. El autor cree[552] que si se acepta que el acto jurídico sea la declaración de voluntad productora de efectos jurídicos realizada con el fin de alcanzar los mismos, se estaría aceptando la posibilidad de que sean los particulares quienes decidan cuándo una determinada conducta voluntaria es o no un acto jurídico. Es decir, serían los particulares quienes decidirían qué promesas o declaraciones de voluntad son o no jurídicamente vinculantes, por lo que hasta la declaración de voluntad más irracional será considerada un acto jurídico y por ende jurídicamente vinculante.

   Esta postura es indudablemente demasiado extremista, va hasta las últimas consecuencias en el campo de actuación de la autonomía de la voluntad y de la libertad jurídica. Ya manifestamos anteriormente cómo es que este hecho jurídico voluntario lícito con declaración de voluntad, necesita y reclama receptación positiva, requiere andamiaje normativo y positividad, no para constituirse como jurídico sino como acto positivo, en el que su juridicidad viene religada al valor justicia y a la dimensión sociológica.

   Además, existe una presunción relativa de juridicidad de los actos jurídicos creados por la voluntad de las partes, en tanto

552 TABOADA, 1996, pp. 31 -37.

y en cuanto no contravengan el orden público, las buenas costumbres o el factor social; donde dicha presunción se destruiría si se demostrara lo contrario.

2. En segundo lugar se manifiesta que la norma jurídica es la única capaz de atribuir efectos jurídicos a las conductas de los particulares, por lo que considera una aplicación nefasta de la teoría del acto jurídico el que los propios individuos puedan ser los que decidan qué efectos jurídicos corresponden a cada declaración de voluntad. Cree, además, que se está resaltando al máximo el rol de la voluntad en el Derecho, que con su carácter todopoderoso se desconocería la función valorativa del ordenamiento jurídico, que sería el único llamado a decidir cuándo una conducta debe ser o no productora de efectos jurídicos.

   A nuestro parecer, esta acotación puede ser cierta si vemos que es fruto del análisis de un intérprete que utiliza un determinado esquema doctrinario, básicamente cabalgado por el positivismo. Vale decir, para las escuelas positivistas el derecho objetivo constituye y no reconoce el derecho subjetivo, será la norma jurídica estatal la que determine cuándo una conducta es o no jurídica, no antes. Sin embargo, hemos demostrado que éste es un problema de perspectivas, de puntos de vista. Con Einstein la realidad es relativa y el conocimiento absolute (ya que antes la realidad era absoluta, y el conocimiento relativo), y esa misma realidad tiene la característica de poseer múltiples puntos de vista, que ya Ortega lo describiría tan bien en sus estudios.[553]

553 Cfr. ORTEGA y GASSET, 1964, p. 148, en la que se dice: "La teoría de Einstein es una maravillosa justificación da la multipllcidad armónica de todos los puntos de vista. Amplíese esta idea a lo moral y a lo estético y se tendrá una nueva manera de sentir la historia y la vida." También Cfr. HAYA DE LA TORRE, 1985b. p. 489, en la que, reproduciendo la cita de Ortega, agrega *ad pedem* en boca Telésforo: "Y esa perspectiva es, en mi opinión, tanto más profunda y singular a medida que se la

De esta manera, si nos sujetamos a una noción positivista del derecho, obviamente que la autonomía de voluntad jamás podrá ser fuente productora de obligaciones, ya que será el ordenamiento legal el encargado de constituir el derecho.

Por otro lado, si nos atenemos a los trebejos estrictamente iusnaturalistas, la libertad jurídica a través de la autonomía de la voluntad validaría la juridicidad, actuando como productora de derechos y de efectos jurídicos. Tal juridicidad vendría impregnada por la direccionalidad al valor justicia con su deber ser ideal valente y exigente, en claro entronque con la ética, y asimismo -desde una perspectiva abarcativa- a través de una demanda sociológica que también validan cualquier operación intersubjetiva con acuerdo de partes.

Es desde una posicion ecléctica, por la que no se pretende despreciar para nada el elemento normativo, antes al contrario, éste será de suma importancia para constituir la juridicidad de un derecho en positivo; es decir, que un derecho subjetivo que es jurídico por las consideraciones enunciadas, requiere empoderamiento de la norma para ser positivo, de modo que la ley no lo constituye en derecho sino que reconoce su ínsita juridicidad y constituye su positividad.

De esta forma, entre una y otra posición descansa una situación filosófica que no hay que dejar de lado. Lo que acontece es que en el Perú hemos recibido una preparación académica con fuerte carga positivista y legalista -y hasta codiguera en muchos casos- que impide desafiar los textos sagrados de Kelsen e

explora en cada caso. Pues el espacio-tiompo histórico de cada cultura determina categorías propias en todos los rangos de la vida social: en lo técnico como en lo estético, en lo religioso como en lo moral..."

intentar soluciones más armoniosas con la realidad y menos hieratizadas.

Finalmente no es que la libertad jurídica sea omnímoda, sino que, como tantas veces lo nemos reseñado, ésta juega en la sociedad un rol importante expresándose a través del acto jurídico, sin soslayar la importante función social del derecho y el respeto al orden público y a las buenas costumbres. Para ello, será necesario analizar, como ya lo hemos dejado establecido, la manera en que los derechos han evolucionado a través de la historia, y de la forma en que esa pretendida libertad omnipresente se morigeró y compenetró con otros valores sociales.

Taboada, en su libro que venimos revisando, cree que es absolutamente falso que sean los particulares los que buscan la producción de efectos jurídicos al celebrar actos jurídicos, porque ello supondría que los particulares tuvieran que tener conocimientos profundos de las normas jurídicas y de los efectos jurídicos, y lo que sería peor es que sólo los especialistas en Derecho podrían celebrar actos jurídicos. También refiere que modernamente se considera que los particulares buscan la realización de intereses o de efectos prácticos, que en tanto valorados por el ordenamiento jurídico se convierten en efectos jurídicos.

Es importante aclarar que estamos frente a una postura netamente legalista y positivista. El autor cree que lo jurídico es sinónimo de legal, y que la única fuente de juridicidad es la ley, de modo que lo metalegal o suprapositivo no es jurídico. Obviamente que se trata de una concepción determinada, de una forma de ver las cosas que no compartimos; como ya lo hemos aclarado, la juridicidad tiene una estancia anterior y superior al derecho estatal que cumple un papel de reconcimiento jurídico y de constitución de la positividad.

De esta manera sería absurdo predicar que sólo sean los abogados los únicos capaces de celebrar actos jurídicos, por cuanto ellos podrían estar al tanto de los alcances jurídicos de estas operaciones. Esta aseveración es una exageración legalista. Lo que ocurre es que esta juridicidad o justicia impregnada en todos los actos jurídicos celebrados por profanos del derecho, tiene una presunción relativa de juridicidad, de modo que -*iuris tantum*- los negocios serán justos, o jurídicos hasta que no se demuestre lo contrario.

Esta presunción hace que las partes celebren contratos o actos jurídicos en general, en la confianza de que están procediendo de acuerdo a ley, aunque no la conozcan profundamente, ya que incluso para el abogado el conocimiento integral del derecho nunca será total. Imaginemos el caos que tendríamos si para celebrar cada contrato, hasta los más simples y domésticos como comprar en la bodega del barrio, se tendría que saber de antemano que el vendedor está obligado ante los vicios redhibitorios, o que el comprador podría anular un contrato cuando hubiere mediado dolo o error, etcétera. En la práctica esto no es así, sino que simplemente se producen estos actos jurídicos de la manera más común y corriente posible.

De seguir atendiendo sobredicha objeción del acto jurídico, tendríamos enormes problemas en la actual sociedad de consumo cuando estemos frente a contratos con cláusulas generales de contratación, o contratos de adhesión, en los que la estandarización de los productos y de los mecanismos de venta -que reducen los costos de transacción, y hacen más ágil el comercio- tendrían que sujetarse a una negociación por especialidades profesionales: civil, mercantil, comercial, tributario, etc., de modo que los particulares no contratarían nunca.

En estos citados casos, las partes no necesitan saber todas las leyes, porque se presumen conocidas al día siguiente de su publicacion. A este respecto, Rendón[554] opina: "De allí que la ficción de que a partir de su publicación deben ser conocidas por todos y que, en consecuencia, en la mente de todas las personas debe existir, como un cuadro jerarquizado y actualizado, toda la normatividad jurídica dirigiendo su conducta. Se trata de una ficción porque en la vida real muchas personas desconocen las normas hasta que una necesidad o un conflicto les compela a informarse de su contenido, y frecuentemente les descubre su exitencia. De allí, igualmente, que se exceptúe, en general, de responsabilidad a quienes por una incapacidad mental no estén en aptitud de apreciar la legalidad de sus actos. Esta manera de existir de la normatividad arrastra el contrasentido de que, en la realidad, las normas no se conocen cornpletamente por la mayor parte de las personas, y ni aún por quienes, se supone, deberían estar obligadas a conocerlas. En la sociedad contemporánea, enormemente sectorizada, las normas son tan númerosas y tan variadas que su conocimiento cabal sólo se halla al alcance de los profesionales del derecho especializados en cada sector económico y administrativo, y en cada rama del derecho, y por otros profesionales a cargo de determinadas áreas de la actividad administrativa." Como vemos, de seguir con la aprensión de Taboada, tendríamos que los contratos comerciales domésticos tendrían que ser realizados por abogados especializados en lo comercial; para celebrar contratos civiles, por abogados civilistas; etcétera. Lo que constituye un contrasentido, y tampoco consideramos que los efectos jurídicos puedan ser una categoría suprimible que

554 RENDON VASQUEZ, 1989, p. 26.

pueda ser reemplazada satisfactoriamente por la categoría de los efectos prácticos, ya que en suma, sean concebidos como prácticos o como jurídicos, se trata de intereses con la única diferencia de la juridicidad que es adosada al efecto de acuerdo a la posición iusíilosófica del analista.

4. Taboada piensa, en un cuarto punto, que aceptado el acto jurídico como toda declaración de voluntad productora de efectos jurídicos deseados por los declarantes, ello supondría lógicamente que una declaración de voluntad determinada en un caso pueda valer como acto jurídico y en otro caso como un simple hecho voluntario ilícito, dependiendo de si el autor de la declaración ha buscado o no la obtención de un efecto jurídico, por cuanto de haber buscado un efecto práctico, esta conducta no sería acto jurídico. Propone como ejemplo un contrato de compraventa, en el cual si los declarantes no desearan o no buscaran la producción de efectos jurídicos sino sólo prácticos, no sería contrato.

   De esta crítica no podemos precisar sino que lo que las partes declaran en una operación específica son simplemente intereses, a ellos no les interesa saber si son o no jurídicos en el sentido de que concuerdan o no con todo el plexo normológico, lo que ellos desean es transmitir objetos, comprar, arrendar, transar, .etc. Vale decir, lo que ellos requieren es la transmisión de intereses, de efectos prácticos. Ahora bien, si a esos efectos se los concibe como jurídicos antes o después de la valoración legal, es un problema de concepciones y valoraciones filosófico-jurídicas.

   Lo que interesa destacar es que tanto la doctrina del acto jurídico como la del negocio jurídico, que asumen los efectos jurídicos de una u otra forma -unos a partir de la libertad balanceada socialmente, y otros conceptuando la valoración estatal como

previa a la juridicidad del efecto- se puede arribar a idénticas conclusiones prácticas.

5. En quinto lugar, Taboada piensa que con la concepción tradicional se deja de lado el aspecto funcional del acto jurídico referido a la causa del mismo, haciendo del acto jurídico una simple declaración de voluntad, ya que la autonomía privada no es un poder otorgado a los particulares para la obtención de cualquier finalidad o función, sino sólo para aquéllas que, según la concepción socio-jurídica imperante en una determinada sociedad y en un determinado contexto histórico social, merezca la protección normativa.

   Su temor se fundamenta en que al basarse la teoría del acto jurídico exclusivamente en la declaración de voluntad, se desconoce el significado social del negocio jurídico como acto de la autonomía privada, y por ende se rechazaría el concepto de causa como función socialmente razonable, digna o apreciable.

   A nuestro entender tal postura es sesgada e infundada. Ya vimos anteriormente cómo la libertad jurídica, a través del paso del tiempo, recibió el influjo de las demandas sociales interpretadoras de las fuerzas socioeconómicas e históricas, circulando por entre los derechos de la primera, segunda y tercera generación. Vimos cómo la libertad quedó balanceada por el factor social que inspira todo el derecho y no sólo a las operaciones jurídicas dentro del derecho civil.

   A partir de ello, esta pretendida función social relevante, que se insiste en denominarla causa dentro de los cánones del negocio jurídico, muy bien puede ser asumido, y en efecto es así, en la concepción del acto jurídico, sin necesidad de hacer de él todo un elemento nuevo y caracterizador de la parte objetiva de la causa, a modo de presupuesto repetitivo, y super-erogatorio. Es por ello que hemos denominado a esta causa función

socioeconómica como causa *espejo*, porque refleja en el negocio o acto jurídico, un elemento que pertenece a todo el derecho.

6. Luego Taboada[555] considera que mediante la concepción tradicional francesa del acto jurídico, en Sudamérica hemos centrado toda la atención al estudio de la autonomía de la voluntad en las formas del declaracionismo y voluntarismo.

   En rigor de verdad, el acto jurídico tiene como núcleo central la voluntad, su autonomía, la libertad contractual, el derecho a contratar (que en sentido lato incluye tanto la libertad de contratar -cuándo y con quién- y la libertad contractual o de configuración o normativa, que versa sobre el contenido de las condiciones contractuales). Sin embargo, esto no significa que se desconozca el profundo desarrollo que ha conquistado el derecho en su devenir histórico, el mismo que transita por la función social del mismo y su impacto, claro está, en las operaciones de los particulares.

   Asimismo, el propio Taboada incurre en la concepción declaracionista del negocio, cuando manifiesta en otro texto:[556] "Hemos considerado siempre, que el declaracionismo, entendido de manera moderada sin extremismos, es la posición conceptual que nos permite examinar y entender mejor el problema del negocio jurídico, pues en nuestro concepto no cabe duda alguna que en esencia el negocio jurídico es voluntad declarada y por ende propósito practico evidenciado."

   Con esta cita del propio autor en cuestión, concluimos en que se incurre en lo criticado, por cuanto concibe "en esencia" el negocio jurídico como voluntad declarada, aunque acompañada por el factor social tan importante en el mundo actual.

555 TABOADA, 1996, p. 35.

556 TABOADA, 1995a, p. 283.

7. Cree que el acto jurídico tiene como único límite la licitud, sin interesar la función social del acto jurídico. Sin embargo, creemos que, ya sea que la función social se incardine a través de la defensa del orden público o buenas costurnbres -que sería en cierta forma el caso peruano- o a través de la misma concepción de la función social del derecho, el negocio o acto jurídico tienen un contralor valioso en este instrumento de análisis.

8. En el octavo punto, nuestro autor reniega de la concepción extremadamente voluntarista del contrato, que ve en el un problema de voluntarismo o declaracionismo incompatible con la concepción de negocio jurídico.

   No obstante ello, el propio Taboada incurre en tal diferenciación, cuando afirma que para él es mejor la postura declaracionista moderada, *ad literam*:[557] "Lo único relevante en el ámbito negocial es lo declarado o manifestado y que sólo en algunas circunstancias excepcionales, pueda atenderse a lo querido internamente para invalidar el negocio cuando exista discrepancia con lo manifestado. En este último aspecto nos adherimos al criterio de la confianza como principio moderador y regulador de las soluciones exageradas a las que nos conduce el declaracionismo. Criterio de confianza, que en el ámbito de la interpretación del negocio, nos conduce al principio o criterio de buena fe."

   En este sentido, queda perfectamente claro que el mismo inquisidor del acto jurídico comete el mismo pecado que trata de perseguir, bajo la pretendida excusa de arribar a una noción pura de negocio jurídico, que es necesario examinar a continuación.

557 TABOADA, 1995a, p. 284.

12. EL CONCEPTO DE NEGOCIO JURL'DICO

A través de nuestro recorrido anterior, hemos realizado un análisis de las críticas más encendidas infligidas al acto jurídico y su teoría, en el entendido de si el negocio jurídico vendría a sustituir holgadamente tal concepción. En el presente rubro pretendemos analizar someramente el grueso de la concepción del negocio jurídico, revisando sus múltiples concepciones a través de la historia.

En nuestro medio se continúa conservando el *nomen juris* de acto jurídico, tal vez, en cierta forma, porque la expresión negocio da idea de algo crematístico, patrimonial y monetario, mientras que el de acto es omnicompresivo y flexible. Sin embargo, éstas son consideraciones subjetivas, que, junto a aquéllas que predican que la denominación "acto jurídico" no ha cambiado por respeto a la tradición, nos impulsan a hundir nuestro escalpelo jurídico en la carne de la teoría del negocio jurídico para asirnos de una explicación científica satisfactoria.

Para analizar la doctrina del negocio jurídico es necesario establecer ciertos hitos demarcatorios importantes que permitan desenvolvernos con suficiente holgura al interior de esta teoría. Nos estamos refiriendo a la elaboración de los conceptos básicos como el de hecho jurídico -ya aludido en el acto jurídico- y al supuesto de hecho, de tanta trascendencia para esta doctrina.

Sabido es que la teoría del acto jurídico no fue tomada del mismo cuerpo del Código Napoleónico, sino que fue una elaboración doctrinal posterior a dicho cuerpo jurídico, sobre las bases de las ideas propuestas por Domat y Pothier. Asimismo, se estableció una concepción tanto de acto jurídico como de causa, un tanto escindidos de la realidad social, por cuanto las ideas políticas y filosóficas que alimentaron los planteamientos jurídicos, estuvieron influenciados por la filosofía del entorno que propugnaba una ensalzación de la

libertad individual hasta límites insospechados, donde el orden público sólo tenía un pálido y timorato influjo en la voluntad contractual.

Por otro lado, los efectos jurídicos, en esa época y de acuerdo a la concepción predominante, se presentaban como un producto mecánico de la autonomía de la voluntad. Es que la concepción predominate en cuestión es la iusnaturalista que abanderó como valor fundamental la libertad del hombre, y a éste como el centro de la sociedad y el derecho. "Corresponde, pues, a esta época la idea del denominado 'dogma de la voluntad', en el sentido que el Derecho tiene como función la de recoger las aspiraciones de los sujetos y darles la protección legal. De ahí se derivaron como algo natural los principios de la 'autonomía de la voluntad', del simple 'consensualismo', del valor de la palabra dada, y todos aquellos principios jurídicos que tienen como común denominador el resaltar el valor de la voluntad como fuente de derechos y obligaciones en el ordenamiento jurídico, correspondiendo a este último, como ya se ha indicado, únicamente el recepcionar las expresiones de voluntad de los sujetos y conceder en lógica correspondencia los efectos jurídicos perseguidos, siempre y cuando, claro está, no se contravengan los principios y valores que conforman el orden público, las buenas costumbres entendidas como reglas de convivencia social aceptadas por todos los miembros de una deteminada comunidad, como de cumplimiento obligatorio, o las normas imperativas."[558]

Bajo este análisis quedaba explícito que el acto jurídico era concebido como una simple manifestación de voluntad dirigida a la obtención de efectos jurídicos y no meramente práticos. Siendo "la función del ordenamiento jurídico una meramente secundaria,

558 TABOADA. 1995b, p. 21.

-nos dice Taboada[559]- que se limita exclusivamente a recepcionar los deseos expresados de los sujetos y a revestirlos de carácter jurídico, en la medida que no atenten contra la licitud, es decir, contra los lineamientos generales del mismo sistema jurídico."

Entonces se tiene que la concepción inicial de acto jurídico era vista como una simple manifestación de voluntad del sujeto con el propósito de alcanzar efectos jurídicos, donde dicho deseo era receptado por el sistema normativo para envolverlo de juridicidad. Además, se expresa que con esta concepción clásica, el acto jurídico se convierte en una noción meramente abstracta, sin ninguna vinculación con la realidad social en la que se produce y opera. "Estamos, pues, -continúa Taboada[560]- frente a una concepción cornpletamente individualista y artificial de los comportamientos del hombre que producen consecuencias legales. 'Individualista' porque se deja de lado toda valoración social y normativa y 'artificial' porque se pretende hacer creer que es en la voluntad del individuo donde reposa la esencia del concepto mismo de acto jurídico."

Sin embargo, como lo hemos explicado anteriormente, este problema suscitado en torno al papel de la voluntad frente a la norma, es un asunto de puntos de vista doctrinario-filosóficos. Para una noción ecléctica (que engolfa la positivista, sociologista y la iusnaturalista remozada -enteramente válida, por cierto, más aún si se toma en cuenta el auge actual de los derechos humanos concebidos como categorías anteriores y superiores al Estado-), el hombre es el protagonista de la historia y el centro del ordenamiento jurídico, de donde su voluntad es la fuente directa e inmediata de los efectos jurídicos, los que serán jurídicos según la estudiada presunción relativa de juridicidad (*iuris tantum*). En este sentido, la

559 TABOADA. 1995b, p. 22.

560 TABOADA. 1995b.

norma cumplirá un doble papel, por un lado reconocerá la juridicidad anterior de los actos o derechos, y por otro lado, constituirá tales derechos en positivos por cuanto, pese a gozar de juridicidad por su entronque al valor justicia valente y exigente -y por la dimensión sociológica añadiríamos-, no son positivos aún -asumiendo por positividad la vigencia normológica-.

Sin embargo, hemos revisado que esta concepción individualista y artificial en los primeros tiempos, fue sólo el reflejo de la configuración global del derecho y de la vida político-jurídica de ese entonces, a la luz de las demandas socioeconómicas reinantes. No hay que perder de vista, las mutuas influencias de lo que denominamos como estructura y superestructura. De ahí que el derecho también sea individualista por cuanto la sociedad misma estaba construida sobre bases que privilegiaban la voluntad individual por sobre toda otra noción más social o menos individualista.

Pero posteriormente vimos cómo este capitalismo burgués, esta democracia individualista, donde sólo existía la libertad "de" y no la libertad "para", va dando paso a las exigencias societales, representadas por los derechos de la segunda y tercera generación, más específicamente en los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos a la paz, al desarrollo, etc. A partir de allí, resultaría insulso desantender el influjo de elemento social en la concepción del derecho y del acto jurídico en particular. Vale decir, la sociedad, de acuerdo a la madurez de las relaciones de producción, va generando que el mismo derecho recepte aquellas demandas sociales, creándose un elemento nuevo, que venía a balancear la libertad omnímoda y dogmática, por la que la función social reglaría el derecho *in totum*. En esta medida, el acto jurídico también se ve anegado por este factor condicionante, concluyendo en una modificación del concepto primigenio de acto jurídico. Ya no es más

la libertad sola, la que puede generar los efectos jurídicos, sino que se requiere del elemento social, para la producción de lo mismos.

De ahí en adelante, ya no podrá ser una concepción "individualista" por cuanto el factor social cobra una importancia inusitada, no sólo dentro del acto jurídico, sino también dentro del derecho en general; de la misma forma, tampoco sería artificial por creer que la voluntad del individuo o de las partes, puede provocar los efectos jurídicos, ya que este extremo debe integrarse con aquél otro que ve en el ordenamiento legal un sistema que debe interactuar con esa voluntad. Esto ya lo entendimos cuando manifestamos que el mismo valor justicia que brinda juridicidad a los derechos, exige su receptividad en el seno del aparato normológico, no para constituirlos en jurídicos sino para brindarles el cariz positivo.

No obstante ello, para una posición positivista o normativista, la voluntad del hombre no puede gozar del privilegio de provocar efectos jurídicos, sino que es la norma la que debe tener el monopolio de la producción de la juridicidad. La norma es constitutiva de derechos, y la voluntad deja de tener el privilegio de la producción de efectos jurídicos.

De esta forma, resultaría sumamente injusto tratar de criticar la teoría del acto jurídico sin atenerse a su desarrollo conceptual ulterior, a su desenvolvimiento teórico, a la receptación doctrinaria de las demandas sociales, y de su crecimiento teorético. De la misma forma que sería injusto tratar de criticar la doctrina del negocio jurídico, si sólo nos atenemos a su concepción clásica pandectista, sin atender también a su desarrollo. Para ello, sean propicias las siguientes líneas.

12.1. Primera Versión del Negocio Jurídico desde la Perspectiva Clásica Pandectista

Esta doctrina nace a partir del Código Civil Alemán de 1900 en la que el negocio jurídico coincide enteramente con la versión clásica Francesa del acto jurídico.

De esta forma "en ambos sistemas nunca se dudó que el ordenamiento jurídico era siempre el que atribuía los efectos jurídicos, pero se señaló en los dos casos que la fuente inmediata de la producción de los efectos jurídicos era la voluntad de los sujetos; en tal sentido, era lógico caracterizar al acto o al negocio jurídico como declaración de voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos."[561] Es decir, estamos ante la misma concepción del acto jurídico, aunque con otra nomenclatura.

Stolfi, citado por Taboada (1996)[562], realiza un estudio minucioso de la contextura de este negocio jurídico, arribando a conclusiones importantes y esclarecedoras. Así, piensa que los iusnaturalistas alemanes de finales del siglo XVIII, aportaron el concepto de la omnipotencia de la voluntad individual, como un impedimento a la prepotencia del príncipe; asimismo los pandectistas, desarrollaron la doctrina de los justinianeos de que el efecto jurídico de los humanos depende directamente de la voluntad individual, terminando por crear un sistema de derecho privado fundado en la libertad de los particulares y en el centro ubicaron al negocio jurídico como el paradigma típico de la manifestación de voluntad.

De esta manera, guiados por el dogma de la omnipotencia de la autonomía de la voluntad, "los efectos jurídicos se producen porque han sido queridos, la causa inmediata de los mismos es la voluntad, y por ello se define al negocio jurídico como una manifestación de

561 TABOADA, 1996, p. 38.

562 TABOADA, 1996, 40 y ss.

voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos, como ocurrió con la concepción clásica Francesa del acto jurídico. El punto de partida de ambas concepciones clásicas -expresa Taboada[563]- es que la voluntad es la causa inmediata de la producción de los efectos jurídicos."

Una vez aclarado el papel de la voluntad en la producción de efectos jurídicos, necesitamos referirnos también al rol que juega el ordenamiento jurídico frente a esta omnímoda voluntad y los efectos jurídicos obtenibles.

12.2. Segunda Versión del Negocio Jurídico Entendido Como Supuesto de Hecho (*Fattispecie o Tatbestand)*

Posterior a la elaboración clásica pandectista de la noción de negocio jurídico, coincidente con la versión también clásica del acto jurídico, se concibe al negocio jurídico ya no como una simple manifestación de voluntad, sino como un SUPUESTO DE HECHO, es decir, como una hipótesis prevista en abstracto por las normas jurídicas, de una o más declaraciones de voluntad que producirán consecuencias jurídicas determinadas.[564]

Al mismo tiempo que se abandona la noción clásica del negocio jurídico, se toma en cuenta la intervención del ordenamiento jurídico en la existencia y justificación de la figura negocial. De esta forma, el sistema jurídico posee una función organizadora al decidir en última instancia cuándo un comportamiento o conducta del hombre en sociedad debe merecer la tutela legal y por ende ser capaz de crear efectos jurídicos.

563 TABOADA, 1996, p. 42.

564 TABOADA, 1995b, p. 23.

"Desde este nuevo punto de vista, -expresa Taboada[565]- el individuo deja de ser centro del sistema jurídico y deja de ser el que decide cuándo hay negocio jurídico o no, lo que significa que su voluntad no es la causa generadora de los efectos jurídicos, sino únicamente un elemento importante para la producción de los mismos, al ser atribuidos por el derecho en determinados supuestos." Entonces la autonomía de la voluntad deja de ser el ente productor de los efectos jurídicos, así como el individuo pasa a segundo plano por cuanto ya no es el protagonista principal en la trama negocial. Estamos frente a un nuevo libreto, con un nuevo reparto, donde se da preponderancia al factor normativo, al sistema normológico, ya que será el derecho el que se encargue de brindar una respuesta a todas aquellas conductas que se adecúen a sus prototipos o supuestos de hecho típicos.

Asimismo, la voluntad de las partes está orientada no a la consecución de efectos jurídicos, sino que siempre estará dirigida a la consecución de efectos meramente PRACTICOS, que en cuanto concedidos por el Derecho se convertirán en efectos JURÍDICOS. Estos efectos prácticos, el sujeto los busca sabiendo que serán PROTEGIDOS por el ordenamiento jurídico, es decir, que tiene conciencia de que serán amparados por el derecho.

Por otra parte, la voluntad declarada es asumida bajo el concepto de *declaración de voluntad* y no del de manifestación de voluntad, de viejo cuño francés, ya que la voluntad declarada no es idéntica al negocio sino su ELEMENTO PRINCIPAL.

Sin embargo, más allá del profundo esfuerzo que significó desligar la doctrina del negocio de la voluntad como motor de los efectos jurídicos, y de subrayar la función jurígena de la norma legal,

565 TABOADA, 1995b, p. 23.

esta segunda versión del negocio jurídico resultó ser "legalista" y "abstracta", por cuanto ponía su acento mayor en la norma jurídica, sin ninguna vinculación con la realidad social. De la misma forma, esta noción también terminó por tener un carácter de sinonimia conceptual con respecto a la clásica versión Francesa del acto jurídico y, obviamente, con la noción primigenia pandectista del negocio jurídico.

Entonces, frente a una postura legalista y abstracta del negocio jurídico, también nacería una concepción abstracta y legalista de la causa, entendida ésta como "la finalidad o función típica y abstracta, siempre idéntica en todo negocio de un mismo tipo o naturaleza, pues si el negocio jurídico es un supuesto de hecho, es decir, una figura cuyos límites son establecidos por la norma jurídica, la única finalidad a tomar en cuenta, es obviamente la finalidad o función que la misma norma ha decidido para cada negocio jurídico en particular."[566]

Veamos ahora cuál fue la evolución de la teoría del negocio jurídico en su tercer estadio.

12.3. Tercera Versión de la Concepción del Negocio Jurídico

Paralelo al avance que motivara la creación de la concepción del negocio jurídico, su utilidad empieza a cuestionarse a partir de aquellos sectores que veían en ella una concepción independizada de la realidad social, y que sólo tenía como únicos límites la licitud y el amoldamiento del supuesto de hecho.

Asimismo, el clima de conmoción socioeconómica generado como consecuencia de las dos guerras mundiales que sumieron a la Europa de la mera mitad del siglo veinte, en un clima de caos y miseria, impetra a que se empiece a replantear y reexaminar la teoría

566 TABOADA. 1995b, p. 24.

del negocio jurídico. En concreto se empezó a preguntar de si era suficiente para la formación del negocio jurídico sola manifestación o declaración de voluntad o voluntades en un determinado supuesto de hecho, para desencadenar los efectos jurídicos autorizados por la norma jurídica sin ninguna responsabilidad por la utilidad social.

De allí surge la tercera corriente del negocio jurídico, que lo postula como presupuesto de hecho que contiene no simples declaraciones de voluntad, sino PRECEPTO SOCIAL, es decir, una autorregulación de intereses privados socialmente útil, de acuerdo con la teoría preceptiva.[567]

Entonces la teoría preceptiva asumió como válida, de la teoría legalista, la noción de supuesto de hecho, pero añadió la valoración social de toda declaración de voluntad en virtud de lo cual resultaba "insuficiente cualquier declaración de voluntad orientada a cualquier finalidad, pues debía tratarse de una finalidad importante para todos los miembros de una determinada sociedad y por ello mismo merecedora de la tutela legal."[568] De esta forma, la noción de causa pasa a ser una función o finalidad socialmente útil y no simplemente una noción con finalidad jurídica propia del supuesto de hecho. De manera tal que la aceptación y auge de esta doctrina se produjo inmediatamente, deslumbrando a los juristas el elemento de la utilidad social como factor de validez de los negocios jurídicos, dentro de sociedades destrozadas moral, social y económicamente por las dos guerras mundiales.

Taboada refiere que se abandonó en Europa las concepciones anteriores del negocio jurídico, así como la noción de acto jurídico, lo que no sucedió de igual manera en Suramérica donde la influencia francesa todavía participaba en los códigos latinoamericanos.

---

567 TABOADA. 1995b, p. 24.

568 TABOADA. 1995b.

Pero ello no significa que la concepción legalista no sea aceptada por algunos doctrinarios modernos, sino que, junto a la noción de la teoría preceptiva mejorada, ambas predominan en el debate académico, doctrinario y legal.

Posteriormente, Europa experimenta un alivio socio económico y la sociedad empieza a cuestionar la asfixiante y exagerada determinación del concepto de la utilidad social como requisito de validez de los negocios jurídicos y contratos.

Sin embargo, no se vió ningún problema en los negocios típicos donde la utilidad social era parte del tipo legal, de modo que el fundamento de la tipicidad se encontraría siempre en una utilidad social como base de la existencia y eficacia del negocio jurídico. En cambio, el problema se presentaba en los negocios atípicos, que, por no estar comprendidos en supuestos de hecho predeterminados, carecían del fundamento de un tipo legal; y "como es sabido, en estos negocios también se cumple el requisito de la necesidad de un supuesto de hecho, pero genérico y no específico, es decir, un supuesto de hecho que no es un tipo legal, sino únicamente un esquema legal genérico."[569]

De esta manera evolucionó y mejoró el concepto de la teoría preceptiva del negocio jurídico, por cuanto se estableció que la tipicidad de los negocios jurídicos típicos era una tipicidad legal, determinada por la ley, mientras que, para los negocios jurídicos atípicos, dentro de un supuesto de hecho genérico, la utilidad social, la finalidad socialmente útil era la que configuraba la tipicidad social, tipificada no por la norma jurídica sino por la misma realidad social.

Pero como comentábamos anteriormente, el clima de bonanza que se respiraba en Europa hace que se empiece a ver con malos

569 TABOADA, 1996, p. 25.

ojos esta fuerte influencia de la finalidad socialmente útil, siendo "incómodo restringir la autonomía privada, y por ende el poder de autorregulación de intereses privados de los sujetos, a funciones socialmente típicas."[570]

De esta forma se calificó de injusto tratar de limitar el poder de los particulares a la obtención de finalidades socialmente útiles, tipificadas legal o socialmente, dándose paso a las finalidades SOCIALMENTE RAZONABLES O NO ABSURDAS. De modo que la causa -según Taboada[571]- no sería en todos los casos una función socialmente útil, como en el supuesto de los negocios tipificados legalmente, o de aquellos negocios atípicos con tipicidad social, sino también una función socialmente razonable que permite la tutela legal de todos aquellos negocios orientados a la consecución de intereses meramente privados.

De esta manera, se penetra dentro de una concepción social del negocio jurídico, que ve en la causa ya no la función jurídica del supuesto de hecho, sino una función socialmente relevante, y no solamente útil. Estamos, entonces, ante la teoría preceptiva mejorada del negocio jurídico. Sin embargo, hemos visto anteriormente el profundo desarrollo del derecho en su entorno social e histórico, y la forma en la cual la institución de la función social gobierna no sólo los negocios jurídicos, sino todo el derecho *in totum*.

En virtud de lo anterior, no podemos aceptar que la función social sólo sea patrimonio del negocio jurídico, o del derecho civil, común o privado, sino que es un elemento configurador integral, como tantas veces lo hemos repetido. De esta manera, el pretendido elemento esencial de validez del negocio jurídico, que se le suele denominar *causa*, no es un elemento privativo de la validez del negocio sino de

570 TABOADA, 1996.

571 TABOADA, 1996, p. 26.

todo el derecho: La función social traspasa las fronteras sociales y se incardina en un plano holístico.

En conclusión, queremos manifestar, después de todo este extenso recorrido, que la teoría objetiva de la causa función, o causa *espejo*, no hace sino reproducir, reflejar un concepto general en una situación particular, un elemento integrante jurídico en un elemento integrador del negocio. Y tampoco es cierto que esta tercera versión del negocio esté en un plano de superioridad conceptual sobre el del acto jurídico, por el hecho de incorporar en su seno expresamente la función social, lo que resultaría absurdo si no se contempla también la evolución del concepto de acto jurídico, que reconoce también el enorme peso de la valoración social en los actos de los particulares en su vida de relación social.

Finalmente, dentro de la teoría *hipersincrética* de la causa, existen consencuencias doctrinarias que es imporante estudiar. Pese a que se rechazó la noción clásica abstracta de la causa por corresponder a un planteamiento del negocio jurídico similar al acto jurídico, no se impugnó la noción psicológica de la misma, lo cual es veleidoso, porque si se niega la doctrina del acto jurídico también deberían rehusarse no sólo sus planteamientos objetivos clásicos, sino también los subjetivos psicológicos.

En la tercera versión del negocio jurídico se acepta un concepto de causa como función socialmente relevante o función jurídica. Dentro de la versión moderna del causalismo hipersincrético se une este aspecto objetivo de la causa función socioeconómica otro subjetivo en el que se echa mano de la teoría neocausal psicológica de la causa que corresponde a una noción de acto jurídico supuestamente cuestionada, sin embargo, para efectos prácticos sólo se elude la noción de acto jurídico mas no la de causa psicológica.

Entonces, mientras por un lado la noción de negocio jurídico sí era capaz de aventajar nociones previas del mismo, por otro lado, la doctrina *hipersincrética* de la causa, no superó las nociones psicológicas primigenias del móvil concreto y determinante, sino que las puso a todas en el mismo saco para echar mano de ellas de la manera más burda y arbitraria posible según la utilidad contingente (causa ilícita, según los distintos tipos de negocios).

¿Por qué se acepta una parte y luego se rechaza otra?, ¿por qué se aceptan sólo las nociones causales mas no las teorías del acto jurídico que sustentan aquellos principios?, ¿por qué el maniqueísmo que pretende ver sólo lo que se quiere ver y negar lo que se quiere negar?... Las respuestas a las preguntas anteriores circulan por considerar que existe un gran interés creado en construir un concepto causal -que resulta vacuo e inútil- premuniéndose de todo tipo de categorías que impliquen la construcción de una categoría universal lo suficientemente ampulosa como para generar una institución con capacidad de respuesta a todos los supuestos que la realidad proponga, es decir, la creación de una noción de causa que desafíe a la propia realidad, que pueda ser invencible ante cualquier embate a la estructura contractual.

Veamos ahora algunos aspectos necesarios en torno al acto jurídico y al negocio jurídico, de cara a la función social que estamos estudiando.

12.4. Acto Jurídico desde la Perspectiva del Negocio Jurídico

Es necesario entender lo que se percibe por acto jurídico dentro de la doctrina del negocio jurídico. “Se utiliza este concepto en forma unánime para referirse a todos los hechos jurídicos voluntarios, sean lícitos o ilícitos. El acto jurídico dentro del sisterna del negocio no

es sino el hecho jurídico voluntario del sistema francés del acto jurídico.[572]

De esta forma todo hecho voluntario, sea o no contrario al Derecho, será un acto jurídico. "En este sentido -asegura Lohmann[573]- el acto ilícito, que durante tanto tiempo se ha considerado como no jurídico, sí lo es. Cualquier conducta humana voluntaria con relevancia jurídica es un acto jurídico, por la misma razón que el hecho jurídico es tal desde que se producen efectos que interesan al Derecho."

Es así que el acto jurídico será el género y el negocio jurídico será concebido como la especie: Negocio jurídico entendido como acto jurídico cuyas consecuencias son determinadas por el derecho. Pero ahora conviene ver cuáles son los matices diferenciadores del acto con el negocio jurídico, dentro de la teoría de este último.

En los negocios jurídicos se anhela la creación de un vínculo entre los individuos regulando sus relaciones jurídicas de conformidad con sus intereses. "En efecto, -expresa Lohmann[574]- este matiz vinculante en concordancia con los intereses de los negociantes, no se presenta en otro tipo de actos jurídicos. En ellos (los actos, no negocios) el vínculo puede aparecer, sí; pero nace por imperio de la ley sin tener su origen en una manifestación volitiva. Y, en todo caso, el vínculo no necesariamente regula intereses voluntarios, en meditada y prevista relación con posibles intereses por otra parte o terceros ajenos al agente."

Entonces vemos que, en el negocio jurídico, a diferencia del acto jurídico como figura conglobante, se produce una *voluntad de vínculo* que se expresa en buena fe cuando se cumplen las prestaciones

572 TABOADA. 1996, p. 47.

573 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 29.

574 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997. p. 53.

positivas, de dar o hacer, o negativas, de no hacer, que se traduce en un deber de cooperación entre las partes.

Pero además de la voluntad de vínculo, en el negocio se presenta la noción declarada de las partes, la misma que es inexcusable, ya que de otro modo sería insulsa toda expresión de voluntad conforme a un contenido preceptivo que no se desea. Esta intención manifestada constituye, el elemento tipificador que lo distingue de otros actos.

De otra parte, en el acto jurídico no negocial las consecuencias jurídicas que de él derivan no necesariamente responden al fin práctico querido por el agente o, dicho de otra forma, los efectos jurídicos no se tienen en cuenta, o sólo de una manera secundaria.[575] En cambio en el negocio, si es que no fueron previstos los efectos en su integridad, una vez producidos obedecen al "fin práctico que las partes se propusieron", el que coincide con los efectos prácticos de la propia operación sobre la que se moviliza la voluntad consensuada.

Estos efectos que las partes se propusieron, coinciden con los efectos jurídicos del mismo negocio en cuestión. "Véase con un ejemplo: concertada una compra-venta, los efectos jurídicos y prácticos no son otros que los propios de ella, siendo imposible que correspondan a los de una donación."[576] Y estos efectos prácticos de las partes que coinciden con los efectos jurídicos del tipo legal, son los mismos del negocio específico: "el comprador ha de querer la cosa para sí, sin que sea preciso ni siquiera que conozca todos los demás efectos que la venta produce."[577]

En otros términos, los efectos que las partes quieren son los mismos que la norma prodiga a través del tipo legal. En la teoría

575 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, pp. 54 y 55.
576 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 55.
577 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 55.

del negocio jurídico, al derecho le interesa tomar en determinación los resultados anhelados por las partes, mientras que en los actos jurídicos no negociales más se considera la trascedencia jurídica de los efectos que no necesariamente han sido queridos porque no dependen de ellos, sino que derivan directamente y forzosamente de la ley.

De esta forma, podemos hacer un símil entre el acto jurídico de la doctrina francesa y el negocio jurídico alemán, en el sentido de que en ambos casos la voluntad tiene una importancia medular, en el acto jurídico porque ésta produce el efecto vía manifestación de voluntad y en el negocio jurídico, porque la declaración de voluntad es el elemento más importante de la operación.

Asimismo, en ambos casos se quiere el efecto jurídico, con la única diferencia de que en el acto jurídico francés, las partes desean el efecto jurídico que produce su voluntad pero que esta misma juridicidad reclama positivizarse por medio de la norma, mientras que, en el negocio jurídico, el efecto querido es un efecto práctico que se juridiza por la valoración de la ley.

Luego podemos ver que el negocio jurídico constituye un instrumento puesto en manos de los interesados para que ejerzan dentro del marco legal, la potestad de autorregular sus intereses. De esta forma, el negocio jurídico será asumido como la declaración o declaraciones de voluntad[578] encaminadas a la consecución de un fin práctico, lícito y admitido por el ordenamiento jurídico, el que reconoce a tales declaraciones como el sustento para producir efectos prácticos queridos y regular relaciones jurídicas de derecho subjetivo.

578 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 46.

De esta forma vemos que existen ligeras diferencias entre el acto jurídico francés y el negocio jurídico alemán. Por un lado, el acto jurídico es una manifestación de voluntad que crea efectos jurídicos, dentro de la potestad que el sistema jurídico les otorga a las partes. Por otro lado, el negocio jurídico es la declaración de voluntad encaminada a la obtención de efectos prácticos, dentro de la facultad otorgada por el sistema legal a los particulares. La diferencia, como se podrá observar es mínima, sin embargo, nuestros doctrinarios ven un mundo de diferencias y de abstraciones insalvables, como fruto de una voluntad de asumir todo aquello que sea novedoso y amparado por el deslumbramiento intelectual de otros ordenamientos legales que seducen y encandilan.

12.5. De los Efectos Jurídicos

El tema de los efectos jurídicos, ya estudiado anteriormente, se presenta en esta oportunidad como un aspecto muy importante para tratar de dilucidar en qué medida estos efectos son fruto de la voluntad negocial o son atribuídos por la norma a los particulares ante su declaración de voluntad.

Sabido es que el negocio jurídico descansa en el principio de la libre voluntad, pero el papel del derecho es fundamental, discurriendo su actuar por etapas: en primer lugar -dice Lohmann[579]- la ley ejerce una actividad de acción valorativa, y en una segunda etapa, el Derecho desdobla su actividad hacia distintas vertientes aclarando, integrando o interpretando la voluntad expresada, para así atribuir las consecuencias jurídicas correspondientes. De esta forma, estas consecuencias jurídicas, nos dice, serían paralelas a las de carácter económico o social que los agentes hubieran querido estatuir, donde el Derecho no haría sino recoger estas consecuencias de modo que

579 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 47.

el deber de comportamiento contenido en el negocio pueda ser exigido invocando el propio ordenamiento legal por las partes o sus causahabientes.

Así la relación entre la voluntad de las partes y las consecuencias o efectos jurídicos no es una relación de causalidad inmediata, sino mediata, ya que interviene el derecho para valorar y calificar la conducta y de allí otorgar las arrespondientes consecuencias jurídicas. Entonces "no es la voluntad -continúa Lohmann[580]- la que por sí misma genera los efectos negociales. Expliquémonos: aunque las partes intervinientes, en uso de su capacidad de autodeterminación, tienen autonomía (poder) para regular sus intereses, el contenido que acuerden dar al negocio es independiente, jurídicamente hablando, de los efectos de éste. Y es así porque no son los intervinientes en el negocio quienes deciden sus efectos (aunque los hayan deseado y previsto) sino que es la ley, según la naturaleza del tipo negocial que se utilice para determinar y obtener el resultado interesado. De esta manera, decidido el contenido negocial por la voluntad, la ley le da valor normativo si tanto la voluntad como el contenido de la misma y su exteriorización se arreglan a ciertas pautas. Siendo así, el acto volitivo exteriorizado adecuadamente se configura como uno de los supuestos de hecho y la ley franquea el paso a los efectos objetivos queridos por las partes, que deben ser los mínimos que correspondan al tipo de negocio que celebran. Esto es, no se pueden querer los efectos de una compra-venta cuando el contenido tipo corresponde a un negocio de arrendamiento."

De esta suerte la voluntad de las partes no produce efectos *per se*, sino que requiere subsumirse a un supuesto de hecho o supuesto jurídico, a través del cual el derecho otorgaría los efectos jurídicos. De allí que la voluntad deba sujetarse -junto al contenido normativo

580 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 49.

que las partes propongan (donde indudablemente puedan estar contemplados los efectos queridos)-, al tipo previsto por el derecho, que es como condición *sine qua nom para* que los efectos jurídicos se produzcan.

Pensamos en lo que pasaría si dos partes acuerdan realizar una compraventa de bien mueble, determinando el objeto específico y el precio, en donde naturalmente han previsto los efectos prácticos de la operación cuales son los de recibir el dinero y la cosa. Asimismo, anejo a este acuerdo ambas partes firman un contrato por el que confirman su compromiso de respetar tal acuerdo, pero no han previsto ninguna de las cláusulas referidas a los vicios redhibitorios, la invalidez, ineficacia, anulabilidad, nulidad, error, dolo, etc. Ellas simplemente han contratado de buena fe, y los efectos queridos producen entre ellos un ligamen que, para la teoría del negocio jurídico, sería jurídico en la medida en que tal declaración de voluntad, aunado a otros elementos como el objeto, la causa, la capacidad y la forma, se ajustan a un tipo previsto legalmente como compraventa, donde los efectos jurídicos -entre muchísimos otros de carácter esencial, natural o accesorio- pasan por el libre intercambio de un bien por un precio estipulado; vale decir, para esta teoría, el efecto jurídico es otorgado por la norma, por la ley, mas no por la propia voluntad de las partes. Obviamente que, a su vez, a las partes no les interesa saber si es el derecho u otro ente el que otorga juridicidad a los efectos que ellos quieren y reconocen vinculatoriedad, en el marco de una relación de alteridad reconocida por el propio consenso volitivo.

Otro ejemplo, si observamos la realización de una simple operación de trueque de un bien por otro en el seno de una comunidad andina o indígena, -donde el derecho no es el derecho estatal, oficial o impuesto, como lo conocemos en la costa del Perú- sino que está regido por sus creencias, por sus costumbres (derecho consuetudinario), sustentado por la fuerza de la buena fe; generaría los

efectos queridos y buscados por las partes en la medida en que éstas, de buena fe, han querido intercambiar sus productos, se han puesto de acuerdo sobre la proporcionalidad de los mismos y le han dado juridicidad a su acuerdo. Sin embargo, esta juridicidad, para la teoría del negocio jurídico, vendría impuesta por la fuerza de la ley (que en este caso no existe para esas comunidades que se autorregulan por otro sistema normativo diferente al sistema legal oficial propiamente dicho), ya que la norma acogería en su seno tal operación, junto con los efectos queridos y los juridizaría devolviéndolos a las partes cual regalo jurídico.

La concepción del negocio jurídico parte de un supuesto enancado en la valoración positiva que predica que sólo es jurídico aquello que la norma jurídica toca. En concreto, dentro del negocio jurídico vemos un *efecto ping-pong* por cuanto, la consecuencia querida es concienciada por las partes, pero no es jurídica en tanto no se la reenvíe a la normatividad, la que, cual gendarme, controla si se ajusta tal contenido contractual y efecto negocial al tipo previsto, al supuesto de hecho o hipótesis jurídica, de modo que después de esta valoración, prodigaría de juridicidad a tales efectos.

No obstante, este efecto *ping-pong* nos invita a replantear el asunto, proponiendo algunas reflexiones. En el caso concreto del trueque, a la partes, no les interesa saber si sus efectos serán o no receptados por la norma, si se adecuarán al artículo 140 del Código Civil -u otro artículo en específico, dado el contrato típico-, que ni siquiera conocen ni conocerán jamás, ni se han ocupado de saber si su operación necesita olearse o sacramentarse mediante la redacción de un documento, en el que ni siquiera pudieran redactar porque no saben leer ni escribir; donde lo único que han querido es intercambiar un producto por otro, sin conciencia de que sus efectos serán o no analizados o valorados por el derecho.

Es decir, las partes viven su mundo, un mundo regido por las leyes de la naturaleza, donde miden el tiempo no con los relojes sino a través de la posición sol, donde de acuerdo a los vientos, al clima, a la naturaleza, a la luna saben en qué estación están, cuándo es el tiempo de cosecha o siembra, etcetera., siendo en todo ello un orden que respetan y siguen. Saben cuándo es tiempo para sembrar, para cosechar, para regar, etc., sus intercambios comerciales los realizan por costumbre, los juzgan justos no porque alguien diga que lo son, sino porrque la misma costumbre, la fuerza de los hábitos ha determinado su justicia. La justicia es ínsita, dimana de las dimensiones sociológicas y dikelógicas, la norma viene a ser una superestructura, un agregado, una sombra que sigue al cuerpo, un epifenómeno de la realidad, la juridicidad del efecto viene dado no por una norma, sino por la justicia de la tradición, por la buena fe, por la realidad. Obviamente, ante un incumplimiento de un contrato, ellos no recurrirán a la policía, -en la que desconfían por ser abusiva y conculcadora de derechos-, sino a su propia organización jurisdiccional, tal vez a un mediador, a un amigo componedor, recurrirán a la conciliación u otros medios alternativos de solución de confiictos, y ni siquiera a la justicia de paz o de paz letrada, insospechada en esos parajes. .

Con esto queremos decir, que las nociones de negocio jurídico, que pintan regularmente en el cielo de los conceptos -de los que hablaba Ihering-, pueden muy bien responder a planteamientos que nacen como demandas de una sociedad moderna o hasta postmoderna. Con ello no hacemos apología por la teoría del acto jurídico, sino que vemos cómo la teoría del negocio jurídico responde a un esquema mental europeo, del siglo XIX, muy entroncado con el racionalismo alemán, aunque con remozamiento italiano, donde las ideas puras juegan un rol importante, muy apegadas a construcciones teóricamente abstractas que se explican muy bien en Europa, pero

que su aplicación práctica no dista mucho de la concepción del acto jurídico, como veremos posteriormente."

De otro lado, suponiendo que, en el caso del trueque, los efectos queridos no sean aun jurídicos por la exigencia y valencia del valor justicia o de la fuerza sociológica, sino que requieran reenviarse o remitirse a una normatividad, entenderíamos que estas consecuencias deberían viajar a la velocidad de la luz para contactarse con el derecho oficial, que es ajeno a las partes, y éste prodigaría de juridicidad a tales efectos. Ello obviamente no interesa para nada a estos humildes pobladores, sin embargo, los técnicos del derecho se deleitarían en contemplar este raudo viaje.

Es desde este último extremo donde nos detenemos a pensar, en qué forma el *efecto ping pong* se produce dentro de una operación jurídica. Vale decir, nos embarga la curiosidad de determinar cuándo se producen los efectos jurídicos, o si acaso existe una presunción de juridicidad de los efectos. En este sentido, no hemos encontrado ningún autor que, al interior de la doctrina del negocio jurídico, confiese que los efectos queridos por las partes gozan de una presunción *iuris tantum* de juridicidad, que permita afirmar que son jurídicos mientras no se demuestre lo contrario (caso comentado del acto jurídico), sino que hemos revisado cómo los efectos deben adecuarse a un supuesto de hecho, que no es más que un tipo o una hipótesis que en abstracto tiene el derecho, el que, una vez producido el hecho en la realidad, desencadena, suelta o libera los efectos jurídicos, o mejor dicho, juridiza esos efectos queridos.

Estamos naturalmente, frente a una concepción legalista, normativista, encorsetante, de rancia estirpe positivista, abstracta, limitante y teórica. Sin embargo, nos encontramos a nuestro paso con algunas incoherencias propias de la misma concepción negocial.

Lohmann[581], en su clásica obra manifestaba que era el derecho quien se encargaba de *recoger las consecuencias de carácter económico o social que los agentes han querido estatuir*, para darles un contenido legal, jurídico y por ende hacer exigible un comportamiento. Sin embargo, en otro apartado de su mismo libro, manifiesta que las consecuencias jurídicas del negocio son *strictu sensu* independientes de los efectos prácticos queridos y, por consiguiente, escapan a la competencia de la voluntad, la que se limita, como hemos dicho, a señalar un reglamento de intereses y poner en marcha el negocio, que es el que, a su vez, luego de calificado positivamente, producirá las consecuencias jurídicas queridas.[582]

Con ello pretendemos analizar que por un lado se dice que la norma recepta aquellos quereres de carácter económico y social, que en verdad son concomitantes con los efectos prácticos, para de ahí en adelante darles juridicidad, pero luego en otro apartado refiere que las mencionadas intenciones son independientes *strictu sensu* de las consecuencias jurídicas. De allí que cabe dos interpretaciones. La primera, en el sentido de que *latu sensu*, los efectos prácticos sí son jurídicos cuando la norma los ampara, pero *strictu sensu* las consecuencias jurídicas son mas amplias que las rneramente prácticas, y que ellas pueden ser efectos esenciales, naturales, o accidentales, según la naturaleza de la operación.

La segunda interpretación pasa por considerar que los efectos prácticos son, en cierta medida, también efectos jurídicos o juridizados, pero que no son los únicos, puesto que las partes no pueden ponerse en el supuesto de todos los efectos que la ley otorga a la realización del supuesto de hecho, ya que ellos simplemente rnanifiestan un querer práctico y simple. Entonces la norma, en una

581 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 47.

582 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 50.

ficción jurídica, recepta tal voluntad y la juridiza automáticamente; pero como no se puede comprobar a menos que un tercero imparcial se pronuncie sobre la naturaleza de esta juridicidad, existe -aunque no se diga a viva voz- una suerte de presunción de juridicidad *iuris tantum*, la que viene dada por esta ficción legal. Es decir, realizado el negocio, se presume jurídico porque se reenvía al ordenamiento legal y éste le provee de juridicidad, sin embargo, este baño lustral es sólo relativo, por cuanto si se prueba lo contrario, entonces se destruirá tal juridicidad y por ende el negocio mismo.

De otro lado, si analizamos bien la cuestión, estamos arribando al mismo resultado al que se arribó con respecto a la naturaleza del acto jurídico, en el sentido de que en el acto jurídico también existe una presunción relativa de juridicidad dimanada de la voluntad, mientras que en el presente caso, tenemos que la pretendida juridicidad se desprende de la normatividad. Serían dos formas de ver el mismo asunto, llegando a las mismas conclusiones.

Esta conclusión no riñe para nada con el mismo pensamiento de Lohmann, quien a este respecto piensa que, una vez decidido el contenido negocial por la voluntad, la ley le da valor normativo si tanto la voluntad como el contenido de la misma y su exteriorización se arreglan a ciertas pautas. Es decir, que existiría la asunción de que la operación cumple con determinadas pautas y que, por ello, juridicidad se desprende de esa voluntad en contacto con su norma. De otro lado no se explicaría cómo es que se presentan los efectos jurídicos en un negocio cualquiera que sea cumplido por las partes, y que jamás se cuestione su validez ni se llegue, ergo, al Poder Judicial o a otra instancia heterocompositiva de solución intersubjetiva de controversias.

De otra forma tampoco se entendería el postulado de Enneccerus, citado por Taboada (1996, p. 50), cuando refiere que el *ordenamiento*

jurídico dota a su voluntad en la virtud de engendrar efectos jurídicos, y declara decisivo para estos efectos el contenido de la voluntad —si bien no exclusivamente- Y luego, más adelante manifiesta: "El derecho privado y la constitución concede al hombre un amplio poder para formar por su propia voluntad (exteriorizada) sus relaciones jurídicas, poniéndolas así en armonía con las necesidades e inclinaciones personales" (p. 52). Por lo que es fácil colegir que el negocio jurídico, al igual que el acto jurídico, es también un poder otorgado por el orden jurídico a fin de que produzca efectos jurídicos, con la única diferencia que, en el negocio se tiene que hacer un reenvío a la norma, mientras que, en el acto jurídico, la voluntad realiza tal juridización, aunque con la exigencia de positivización necesaria por parte de la norma.

De otra parte, será el propio Taboada (1996), quien se encargue de rematar el aserto sostenido en virtud del poder otorgado a los particulares de producir efectos jurídicos vía negocio jurídico. En este sentido es que manifiesta:

> Es el ordenamiento jurídico, en consecuencia, el que inviste a la voluntad declarada del particular de virtud productora de efectos jurídicos. La declaración de voluntad no produce los efectos jurídicos por sí misma, por su sola fuerza, limitándose el ordenamiento jurídico a reconocerlos, sino porque esa misma declaración de voluntad es reconocida por el ordenamiento jurídico como base o fundamento de la producción de efectos jurídicos a través de supuestos de hecho. *La declaración de voluntad es capaz de crear efectos jurídicos porque es autorizada para ello por el ordenamiento jurídico.* (p. 52).

Como vemos, existe una gran similitud entre la concepción del acto y del negocio jurídico, se arriban a las mismas conclusiones

por ambas teorías. Las diferencias son *más* de construcción de los conceptos, tales como el hecho jurídico o el supuesto jurídico, y el valor consecuente dado a cada uno de ellos a partir de una perspectiva específica.

En la teoría del acto jurídico, la declaración de voluntad es la encargada de crear el efecto jurídico (aunque aunado a otros elementos), el que es reconocido por el derecho, pero también se concibe que la normatividad entregue tal poder (entregar en el sentido de que se le reconoce al particular tal potestad) de generar efectos jurídicos, es decir, que la norma también autoriza a la voluntad el poder de engendrar efectos jurídicos; autorización que también comparte la teoría del negocio jurídico, con la única diferencia de que dichos efectos no son reconocidos por la norma, sino que son creados en virtud de la ficción del efecto *ping pong*, al que aludimos anteriormente.

Veamos enseguida, el concepto de hecho jurídico y el de supuesto de hecho, vitales para la comprensión de estas teorías.

12.6. Hecho Jurídico y Supuesto de Hecho

Siguiendo los textos que venimos analizando, Lohmann (1997, p. 20) cree que el hecho jurídico (hecho jurígeno para León Barandiarán), es el suceso o situación, o conjunto de ellos, que condicionan el supuesto de derecho o hipótesis jurídica y que en virtud de ello tiene eficacia jurídica. Con ello podríamos entender que el hecho jurídico es un elemento del supuesto de hecho, que se produce en la práctica y que condiciona o estimula al supuesto o hipótesis, en el *topus uranus* teórico de la norma, para desatar los efectos jurídicos previstos. Taboada (1996) también coincide con este planteamiento cuando manifiesta: "...Todo hecho jurídico, para ser tal, debe formar parte siempre de un supuesto de hecho." (p. 49).

Ahora bien, si el hecho jurídico es parte del supuesto de hecho, podemos entender éste -*tatbestand* en la doctrina alemana, o *fattispede* en la italiana- como uno de los elementos que integran la norma jurídica[583] y funciona como hipótesis o juicio hipotético condicionante, estableciendo requisitos (hecho, acto o situación) que deben concurrir para producirse la consecuencia señalada en la parte dispositiva de la norma.

Desde la perspectiva de Enneccerus, el supuesto de hecho no es sino un conjunto de requisitos, al que el ordenamiento jurídico condiciona un efecto jurídico[584], o que el ordenamiento reconoce como fundamento de una consecuencia jurídica.[585]

De esta manera el supuesto jurídico resulta ser un hecho previsto en abstracto por la norma jurídica, que una vez producido en la realidad produce los efectos jurídicos reconocidos por el ordenamiento jurídico; de modo que el supuesto jurídico implica un hecho previsto en abstracto con determinados requisitos, como base de la producción de determinados efectos jurídicos, que una vez realizados, producirán automáticamente los efectos jurídicos atribuidos por la norma jurídica al hecho previsto en abstracto.[586]

De este modo, estamos enrolándonos en las categorías de los tipos negociales, entendidos éstos como las hipótesis jurídicas expuestas en abstracto, que se encargan de atribuir los efectos que la norma ha previsto ante la coincidencia del acto o hecho jurídico en concreto con el supuesto en abstracto.

De esta forma, el negocio jurídico será entendido como un supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de

583 LOHMANN LUCA DE TENA, p. 18.
584 TABOADA, 1996, p. 48.
585 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 31.
586 TABOADA, 1996, pp. 53 y 57.

voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido -en palabras de Enneccerus-[587]. Es así, que también la declaración de voluntad juega un rol importante en el supuesto de hecho, el que, junto a otros factores, integra el supuesto jurídico, capaz de desencadenar el efecto jurídico a partir de la valoración normativa del efecto querido.

Ahora bien, una vez desbrozado el camino planteado en torno al negocio jurídico frente a la concepción del supuesto de hecho, dentro de la segunda vertiente de la teoría del negocio jurídico -que coincide básicamente con la postura teorética del acto jurídico-, veamos enseguida cuál fue el impacto de estas doctrinas en el Derecho Civil Peruano desde sus Códigos de 1852, 1936 y el de 1984.

12.7. De la Noción del Negocio Jurídico frente al Acto Jurídico en el Derecho Civil Peruano

Brevemente recordemos que el Código Civil de1852, no contempló la teoría del acto jurídico, y que en la Comisión Reformadora de este Código, Manuel Augusto Olaechea -encargado de la formulación de la parte referente a las obligaciones- manifestó que *ante todo, debía desenvolverse la teoría referente al acto jurídico, considerado de un modo general negotium juris*[588]. *De* esta forma, Vidal manifiesta que, siguiendo a Muñiz, "dentro del concepto de la Comisión Reformadora (la del Código de 1852), la referencia al acto jurídico implicaba la del negocio jurídico y que, quizás, por la influencia del Código Civil Brasilero, nuestro codificador se quedó con el 'acto jurídico." En todo caso, lo importante de destacar es que el sentido que el concepto de 'acto jurídico' recibió de la Comisión Reformadora del Código de 1852, fue de una generalidad suficiente como para también dar

587 TABOADA, 1996, p. 53.

588 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 41.

comprensión a todos los actos voluntarios susceptibles de crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos."

Entonces se puede colegir que en la mente del codificador de 1936 estuvo presente la idea de equiparar el negocio jurídico con la concepción del acto jurídico, es decir, se tuvo en cuenta el Código Alemán de 1900, aunque no sin sacudirse de la influencia francesa. Recordemos que el Código de 1936 tuvo gran influencia del Código Argentino (artículo 944) y del Código Brasileño (artículo 81). Por ello es que Vidal Ramírez (1990b) concluye:

> ...El acto jurídico tomó asiento en nuestra codificación con la plasmación de su teoría en el Código Civil de 1936. Sin embargo, es conveniente anotar que en algunos numerales el Código utilizó el vocablo 'negocio'... Estas referencias permiten colegir que el negocio jurídico guardaba una relación de sinonimia con el acto jurídico en el Código de 1936 y, además, que el acto jurídico podía ser tomado en los sentidos amplio y estricto que hemos dejado indicados y que es en este último sentido en el que se presentaba la coincidencia conceptual con el negocio jurídico. (p. 43).

Asimismo, como se ha expresado anteriormente, la fuente argentina del acto jurídico del Código de 1936, que tuvo en Vélez Sarsfield su máximo sistematizador, tiene un fuerte entroncamiento con la doctrina del negocio jurídico sustentada por autores alemanes, italianos y españoles, así como con la teoría del acto jurídico de los autores franceses.[589]

Finalmente, el *nomen juris* del acto jurídico, así como la concepción del mismo, fue recogido por el artículo 140 del actual

589 Vidal Ramírez, 1990b, p. 44.

Código Civil de 1984, donde Manuel de la Puente y Susana Zusman, coautores de un anteproyecto, refirieron que por razones de tradición jurídica se había conservado tal nomenclatura y doctrina, y que tanto la teoría general del negocio jurídico como la del acto jurídico explicaban lo mismo, en el tramado de la actuación de la autonomía de la voluntad, variando únicamente las expresiones utilizadas para aplicar dicho principio. Concibiendo, entonces, Vidal Ramirez[590] que la concepción del acto jurídico del Código de 1984, recogida de la obra de Vélez Sarsfield así como del Código de Brasil, se aproxima al concepto de negocio jurídico, existiendo por ende una relación de sinonimia conceptual, que es el criterio que particularmente compartimos.

12.8. Algo más sobre la Función Social

Un aspecto sobre el cual también es importante insistir, es el relacionado a la función social y su participación en la construcción del concepto de causa del negocio jurídico, y del acto jurídico en sí. A este respecto debemos aclarar que serán las doctrinas italianas las abanderadas de este planteamiento, en el tema respecto a la causa como función del negocio.

En virtud de lo anterior se contará con dos vertientes dentro de la categoría de causa como función, tanto aquella que ve en ésta una función jurídica y otra entendida como función económico-social. Dentro de la primera, con Plugiatti y Trimarchi a la cabeza, como se verá con posterioridad detenidamente, la causa se identifica con el tipo legal normativo, con el esquema legal formal, de manera tal que se hace imposible toda alusión a la causa ilícita, ya que la causa será la síntesis de los efectos jurídicos del contrato.

590 Vidal Ramírez, 1990b, pp. 54 y 46.

De otra parte, dentro de los trebejos de la causa como función económico social, tendremos dos vertientes, aquella que -con Betti- ve en la causa del negocio la síntesis de sus elementos esenciales, a modo de función socialmente relevante o útil, por lo cual se presentarán dos clases de tipicidad: la legal (para los negocios típicos) y la social (para los atípicos), con lo cual la voluntad privada se coartaría en extremo al aceptar solamente aquellos negocios con un interés socialmente característico. Pero habrá también una segunda vertiente que, antes y después de Beti, vean en la causa una función socialmente digna, seria, razonable y no solamente relevante y útil, con lo cual se dará preponderancia a aquellos contratos que no tengan por finalidad una función socialmente útil, sino una que puede ser individual pero socialmente trascendente por ser razonable y no absurda. De esta forma, se estaría conjugando el factor individual con el social, dándose participación tanto a la solidaridad social de Betti —por semejanzas- así como a la de Duguit -por diferencias, basada en la división del trabajo-.

De esta manera, el fundamento jurídico de los negocios jurídicos ya no será totalmente legal, sino que participará de un aspecto social. "Para poder comprobar el reconocimiento de una determinada figura negocial, no basta con constatar que la misma se encuentre tipificada legalmente, debe también constatarse en los hechos, en la situación social concreta de que se trata, si el negocio tiene efectivamente todos los elementos considerados en su esquema legal, es decir, en su tipo."[591]

A este respecto habrá que adelantar que tanto las teorías objetivas italianas de la causa como función jurídica o función socio-económica, tienen aspectos sectarios y segmentados del análisis de la realidad, y más aún, tales apreciaciones no hacen sino reproducir

591 TABOADA, 1996, p. 592.

el mismo negocio jurídico creando un elemento nuevo que repite el contenido del mismo negocio. Ya vimos anteriormente que el factor social constituía una conquista importante dentro del acontecer humano, y también es menester afirmar que una cosa es que el negocio tenga una función típica que pueda participar de la función social del negocio (tributaria de la función social del derecho *in toto*), *y* otra cosa distinta será hacer de esta función típica un elemento esencial de validez del negocio jurídico dentro de su estructura fundamental.

Asimismo, creemos que el factor social, participa, aunque no se agota, dentro del esquema de la nulidad virtual que dentro de la licitud, reconoce ciertos parámetros como el respeto a las buenas costumbres y al orden público, que hacen que una operación pueda caer si es que colisiona contra tales límites. Y tampoco podría lograrse mucho cuando se manifiesta que tanto la teoría de la función económico social como la de la función jurídica deben amalgamarse de tal forma que la base del reconocimiento jurídico se enanque en una estructura que pase por considerar tanto la función socialmente razonable y digna, dentro de un plano jurídico que valide la juridicidad del negocio.

De esta forma, más allá de ver cuándo se juridizan los efectos, o cuándo se reconoce o se crea la positividad, observamos que el factor social no es soslayado en la construcción de la causa del negocio jurídico, pese a que las construcciones doctrinarias no conducen a ningún lado, ya que jamás podrán explicar los fenómenos de causa ilícita, razón por la cual tendrán que echar mano del elemento psicológico prodigado por las teorías neocausalistas francesas de cuño psicológico que asumen la motivación como elemento fundante.

De modo tal que en lo tocante al factor legal y al social, se ha comprendido por la doctrina que: "Para la justificación y eficacia

jurídica de un negocio jurídico, para poder hablar de un negocio jurídico, siempre es necesaria una valoración normativa y la vez (sic) una materialización social de una determinada conducta. La causa debe revestir siempre un aspecto legal y un aspecto social. Construir una noción de causa sobre el aspecto legal únicamente, o exclusivamente sobre el aspecto social, es construir una noción incorrecta destinada al total fracaso."[592]

De esta forma, ya sea que se reconozcan como falsas e inútiles las doctrinas objetivas italianas de la causa, no podemos reprochar la buena intención que tienen estos autores de tratar de recoger lo menos malo de estos inútiles planteamientos abstractos y generales, para pretender construir una nueva noción que recoja dos dimensiones en el negocio jurídico: la social y la legal, de forma tal que se intente prodigar de un elemento sociológico a la construcción del concepto de negocio jurídico.

Ahora bien, ya sea falsa o inútil la noción de la causa función social o jurídica, lo que resulta inconcebible es hacer de ésta un elemento esencial del negocio jurídico que valide y sea la base del reconocimiento jurídico y la tutela legal del ordenamiento jurídico. Reconocemos que el factor social debe estar presente, que los contratos o negocios cumplen una función típica que pueda estar engolfada dentro de la categoría de la función social, pero de ahí a aceptar que ésta sea una herramienta indispensable para otorgar validez jurídica a los negocios, es una exageración, ya que esta pretendida función típica es sólo una función y no un elemento del negocio, razón por la cual constituye en sí el mismo tipo negocial o esquema normativo, sólo que extraido de la telaraña societal contractual.

592 TABOADA, 1996, p. 595.

Es por ello, que Taboada expresa dentro de su noción de negocio jurídico que: "No se debe olvidar que el negocio jurídico por ser un supuesto de hecho, es precisamente un hecho previsto o presupuesto en abstracto en el supuesto abstracto o supuesto de hecho o *fattispecie*. Como tal el negocio jurídico, tiene dos lados: uno jurídico constituido por el supuesto de hecho o fattispecie, denominado también supuesto de hecho abstracto o jurídico, que es justamente el esquema legal establecido por la norma jurídica para atribuir efectos jurídicos a la realización del hecho previsto en abstracto, y uno social conformado por el mismo hecho que se acomoda a la *fattispecie* negocial, conformado por la conducta social consistente en una o más (sic) declaraciones de voluntad dirigidas a la obtención de un fin práctico (sic) en la realidad social."[593]

Con ello no se hace más que confirmar que el concepto de negocio jurídico entendido como supuesto de hecho, por más que reconozca un plano social dentro de su formación -que obviamente se reduce a las declaraciones de voluntad- es un esquema negocial abstracto, un tipo legal del cual descienden los efectos jurídicos. Y si comparamos esta definición de negocio jurídico con la del acto jurídico vemos que son más las coincidencias que las lejanías, y que sólo existen ciertas desemejanzas de carácter formativo que no por ello podrían hacernos pensar en su total desigualdad que haga necesaria la substitución de un concepto por otro.

Así como el negocio jurídico ha evolucionado al extremo de dar andamiento al aspecto social en la figura de las declaraciones de voluntad, así también el acto jurídico no ha permanecido estático dentro del acaecer histórico y ha dado también encarnadura a la función social que la historia le ha brindado al hombre en mérito a sus luchas y conquistas, razón por la cual, no se debe ser injusto al

593 TABOADA, 1996, p. 637.

analizar el acto jurídico que no sólo contempla la manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, con un presumible carácter omnipotente, omnicomprensivo y todopoderoso, sino también esa libertad contractual ha sido matizada, balanceada y moderada por el orden público, las buenas costumbres, las leyes imperativas, la función social del derecho en general, que hace que el hombre y la sociedad entren en un juego de recíproca alteridad y no de extremismos reduccionistas que desembocan en el individualismo dieciochesco o en un corporativismo social encorsetante del siglo diecinueve.

Se postula una función social que atempere ambos extremismos y donde la persona humana -si bien fin supremo de la sociedad y del Estado- no caiga en individualismos ni egoísmos doctrinarios que rebacen toda consideración societal. No seamos injustos en el análisis, ni pensemos que sólo la doctrina del negocio jurídico es la única capaz de explicar el factor social, la única capaz de ser recipiendaria de esta función, la única capaz de estar a tono con la realidad social. También lo mismo ocurre con el acto jurídico. Otra cosa será negar que tal factor social en el acto o negocio jurídico, sea un elemento esencial de la estructura del mismo.

13. CONCLUSIONES

1. En el análisis de la estructura doctrinaria de las teorías del acto jurídico y del negocio jurídico, no debemos ser mezquinos en el estudio al examinar sólo la evolución profunda de la noción del negocio jurídico, que va desde una idea individualista hasta aquélla que acepta criterios sociales, sino también debemos tener la suficiente justicia para investigar la rica evolución de la teoría del acto jurídico que recoge un copioso legado socioeconómico de la humanidad, en la figura de la función social. De esta forma, ambas teorías, previo estudio de su desarrollo, guardan puntos

de coincidencia, que hace predicar su similitud, aunque no su identidad.

2. En el sistema legislativo civil Peruano, existe un fenómeno de similaridad académica entre las teorías del negocio jurídico y del acto jurídico entendido éste como una estructura que ha ido evolucionando con el paso del tiempo y que ha asimilado las nociones sociales que la realidad ha impetrado al seno jurídico.
3. La *función social* es una exigencia conquistada por la humanidad a través la historia, que contrapresa la excesiva libertad e impone restricciones al ejercicio abusivo y antisocial de los derechos. Es un producto de la realidad que ingresa en la valoración sociojurídica para controlar todo tipo de operaciones públicas o privadas de la sociedad.
4. No se puede afirmar que la función social constituye el cuarto elemento del contrato o del acto o negocio jurídico, porque sería una exageración, ya que este factor no es privativo del acto jurídico, o del derecho privado, sino que es un principio que gobierna e inspira la institucionalidad de los derechos humanos y del derecho social *in totum.*
5. El negocio o acto jurídico tiene una fución social específica en el concierto jurídico, pero ello no significa que sea ésta la causa del mismo y menos un elemento integrante de la estructura del negocio.
6. Las teorías objetivas italianas de la causa estudian la función socialmente relevante, función social, función socioeconómica, función social digna, oportuna, jurídica, etc., viendo en la *función social* del negocio diferentes ideas de acuerdo al gusto del tratadista, haciendo de ésta un elemento estructural de la operación; sin embargo, tales concepciones distan mucho

-aunque con símil significante- del concepto de *función social* que hemos reseñado en este capítulo -con disímil significado-.

7. De una u otra forma, la función social ingresa no sólo dentro de la estructura del negocio jurídico, sino también en la del acto jurídico, y aunque se niegue la posiblidad de ver en esa función típica un elemento del negocio, es menester reconocer el esfuerzo de la doctrina en tratar de entender al negocio jurídico no sólo desde el plano normativo, sino también desde el social, con lo cual la aproximación al concepto de acto jurídico, resulta paladina.

ACTO JURÍDICO VS. NEGOCIO JURÍDICO

ACTO JURÍDICO VS. NEGOCIO JURÍDICO	ROL DE LA VOLUNTAD	FUNCIÓN DE LA NORMA	DE LOS EFECTOS JURÍDICOS	HERRAMIENTA DE AUTORREGULACIÓN	CONCEPCIÓN FILOSOFICA	PROTAGONISTA PRINCIPAL
ACTO JURÍDICO	La voluntad crea el acto (siendo también un elemento del mismo).	La norma reconoce la juridicidad de los efectos.	Las partes quieres los efectos jurídicos.	El acto jurídico es un poder que el sistema otorga a los particulares	Eclecticismo (engolfa positivismo, sociologismo, iusnaturalismo remozado).	El hombre como centro de la sociedad y creador de derecho a partir de su libertad en armonía social.
NEGOCIO JURÍDICO	La voluntad es uno de los elementos (el más importante) de la operación.	La norma constituye en jurídicos los efectos que recepta.	Las partes quieres efectos prácticos, conociendo que la norma los ampara.	El negocio jurídico es una potestad otorgada a las partes por el sistema normativo, a partir del cual la voluntad genera obligatoriedad.	Positivismo. La tercera versión de la teoría del negocio jrídico tiene influjo de la función socialmente relevante.	La voluntad no es el centro del negocio, sino la ley que otrga los efectos jurídicos.

ACTO JURÍDICO VS. NEGOCIO JURÍDICO	DE LA VOLUNTAD	EL GENERO Y LA ESPECIE	DEL HECHO JURÍDICO Y DEL SUPUESTO JURÍDICO	CARÁCTER DE LOS EFECTOS JURÍDICOS	DE LA CAUSA PSICOLÓGICA Y LA CAUSA FUNCIÓN
ACTO JURÍDICO	El acto jurídico es una manifestación de voluntad.	El hecho jurídico es el género y el acto jurídico es la especie.	El hecho jurídico (o jurígeno) es todo acontecimiento relevante para el Derecho.	Los efectos jurídicos producidos por la voluntad, tienen una presunción relativa de juridicidad (iuris tantum).	Los neocausalismos bilateral o el sincrético adosan a la causa clásica la causa psicológica, según sus matices.
NEGOCIO JURÍDICO	El negocio jurídico contiene una declaración de voluntad o declaraciones de voluntad.	El acto jurídico (hecho jurídico voluntario lícito o ilícito) es el género y el negocio jurídico es la especie.	El hecho jurídico es un elemento del supuesto de hecho, el mismo que constituye un conjunto de requisitos previos a la producción de efectos.	Los efectos prácticos requieren reenviarse a la norma para juridizarse y también tienen una presunción relativa de juridicidad (iuris tantum).	La tercera versión mejorada del negocio jurídico, concibe la causa como una función socialmente relevante o jurídica; mientras que la teoría causal hipersincrética lo toma como el aspecto objetivo de la misma unido al cariz subjetivo psicológico.

Capítulo IX
TEORÍAS OBJETIVAS

1. Introducción. 2. Sobre las Teorías Objetivas. 3. Causa como función Económico-Social. 3.1. Teoría de la Causa Vista Como Función Social desde la Perspectiva Objetivo-Subjetiva del Negocio (Scialoja). 3.2. La Función Económico-Jurídica del Negocio (Coviello). 3.3. Teoría de la Función Económico Social (De Ruggiero). 3.4. Teoría de la Función Social (Duguit). 3.5. Causa como función Económico-Social (Betti). 3.6. Evolución Ulterior de la Teoría de la Causa como función Económico-Social del Negocio Jurídico. 3.7. Crítica a la Teoría de la Causa-Función Económico Social: a. Gorla. i). Errores Históricos. ii). Errores Doctrinarios. iii). Aplicaciones Prácticas, b. Messineo. c. Scognamiglio. d. Otros Autores. 4. Causa Como Función Económico-Individual (Ferri). 4.1 Planteamiento Doctrinario. 4.2.- La causa como elemento "invisible" del Negocio. 5. Causa como función Jurídica: 5.1. El Esquema Jurídico-Formal. 5.2. Pugliatti. 5.3. Trimarchi. 6. La Causa Hipersincrética. 7. Observación General. 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCION

En el capítulo concerniente al estudio comparativo entre las teorías del acto jurídico o negocio jurídico, vimos cómo el *factor social*, o sea, la *función social*, una conquista de la humanidad a través del tiempo que se convirtió en un utiliaje valioso para la valoración de los derechos del hombre en concordancia con el aspecto social, ya que el hombre no vive solo en la sociedad, cual Robinson Crusoe, sino que sociedad y derecho van de la mano, como reza el antiguo aforismo "*ubi soecietas, ibi ius.*"

Ahora bien, la expresión "función social", resulta ser muy ambigua y algo vaga en su contenido. Como lo referimos en el capítulo aludido, la *función social* consitutye un principio, una institución que gobierna todo el derecho en su conjunto, tanto el público como el privado, por medio del cual, el sistema de valoración social, impone un equilibrio en el ejercicio de los derechos en concomitancia con los intereses de la sociedad.

Recordemos brevemente que en el siglo XIX se consideró el principio de la autonomía privada como un dogma científico, fundado primero en la libertad individual y luego en la protección del desarrollo del comercio.[594] La libertad, así, quedó en marcos tan amplios que permitió a los particulares crear todas las relaciones imaginables: "La libertad es un bien, por lo cual la ley, que limita dicha libertad, es un mal."[595]

Posteriormente la igualdad jurídica pierde su eficacia al verse enfrentada por la desiguladad económica, por lo cual el Estado revisa su intervención en la sociedad: "Es la libertad la que esclaviza y es la ley la que liberta."[596]

De allí que el Estado reconsidere su función, su rol y su impronta dentro de la sociedad[597], sucediendo lo mismo con el Derecho, el que

---

594 DE LA PUENTE y LAVALLE, 1991, p. 298.

595 DE LA PUENTE y LAVALLE, 1991.

596 DE LA PUENTE y LAVALLE, 1991, p. 299.

597 Por su parte Santos Briz (1978) explica:
Los rasgos esenciales del moderno Derecho económico dentro de la imprecisión que le es propia, pueden considerarse los siguientes: 1) abundancia de leyes para 'evitar abusos' y para regular la intervención estatal en la economía; .2) la hipertrofia legislativa da lugar a inconstancia e inestabilldad en la regulación de las cuestiones económicas, debido a la suceción de coyunturas y crisis y a que la regulación económica ha de ser 'actual', lo que origina incluso leyes de carácter temporal; 3) abundan en el Derecho económico las regulaciones particulares o medidas adrninistrativas revestidas de forma de ley; se observa también la tendencia a la tipificación de los fenómenos económicos en masa; ejemplo de esto último es la

-desde una perspectiva normativa- tenderá a equilibrar el ejercicio de la propiedad privada y de los derechos individuates con el interés social.

De otro lado, este factor social también puede desenvolverse a través de determinadas leyes que prohiben ciertas actividades que menoscaban el interés social, o se expresa mediante normas que propicien el fomento de la participación social en aras al interés general, o similiares que atañen al sector industrial, comercial, civil, etc. De la misma forma, en el campo jurisprudencial, puede verse el caso de la valoración del operador del derecho frente a ciertos casos que exijan la presencia del criterio antedicho.

El problema surge cuando se tiene que definir cuál es el alcance de esa intervención estatal. Si bien es cierto que la *función social es* un parámetro tomado en cuenta por el derecho moderno, otra cosa será utilizar esa misma expresión con el fin de introducir ideologías que conlleven un controlismo excesivo estatal del sistema privado, con la consecuente falta de libertad y astricción de la iniciativa social.

---

regulación contractual a través de condiciones generales negociales aplicables a muchos contratos de la misma clase; 4) consecuentemente se considera al Derecho económico como desprovisto de sentido ético. Las normas siguen, antes que ese criterio, consideraciones de oportunidad como vinculadas al momento en que se dictan, y frecuentomante como vinculadas al momento en que se dictan, y frecuntemente se crean infracciones de tipo llamado artificial; 5) la tendencia particularista del Derecho económico da lugar, en algunos sectores de la economía, a leyes complicadas desde el punto de vista de su preparación técnico-jurídica, nota que da lugar a dificulades de interpretación y aplicación; 6) a su vez, consecuencia del particularismo y la complejidad, es la dificultad de que la elaboración y publicación de tantas normas recaiga sobre los órganos legislativos propiamente dichos, confiándola a la Administración y originando así un Derecho administrativo económico amplio; 7) por último, caracteriza al Derecho económico su adaptación a las desviaciones de la vida económica de su curso normal, a los trastomos, crisis y convulsiones y a sus efectos en todos los aspectos y esferas de la economía, dirigiéndose a la normalización de circunstancias anormales. (pp. 16-17).

En esta última perspectiva se inscribieron aquellas teorías objetivas italianas que postularon que los negocios jurídicos deberían tener un mérito social que sirva de fundamento para el reconocimiento jurídico, con lo cual se hacía de la *función social* un elemento esencial de validez del negocio jurídico.

De esta forma, se hace necesario aclarar algunas nociones, *ad exemplum*, existe la reseñada función social de todo contrato por el cual existen criterios de valoración de justicia entre las partes y defensa de los intereses de terceros, así como del orden público y buenas costumbres (el tema de esta *función social* no se agota en la legalidad, aunque guarda concomitancia con ella, pudiendo vérsela también a través del tamiz de la nulidad virtual, desembocando ambas en la institución de la licitud); luego se tiene la función típica que todo contrato desempeña en la sociedad (por ejemplo, la función que el contrato desempeña es el cambio de un producto por una contraprestación), y de otra parte tenemos la utilidad social como fundamento del reconocimiento jurídico por el Derecho Objetivo, elevado a la categoría de elemento esencial de la misma estructura negocial (causa del negocio), con lo cual, esta postura absorbe la función típica del contrato en la sociedad, para identificarla con la causa del negocio jurídico, hurtando el rótulo de función social para engendrar una teoría de la causa desde la órbita objetiva.

Ahora bien, dejemos bien en claro que la función social del contrato o del negocio (dentro de la función social como criterio holístico y abarcativo de la fisonomía social de todo el derecho), puede ser comprendido dentro de la licitud, aclarando que no se agota en la legalidad, ya que su contenido va mas allá de toda valoración que parta solamente de leyes, pudiéndosela ver también desde la perspectiva de la nulidad virtual que toma en cuenta factores sociales como el respeto al orden público y las buenas costumbres, ya que constituye en sí un principio que impone criterios de justicia

dentro del entramado interdependiente de los sujetos contractuales, así como el respeto a los cánones sociales establecidos.

Es así que, haciendo un esfuerzo de análisis podríamos incluir dentro del factor social entendido como función social, a la función típica del negocio, pero jamás podrá entenderse tal función típica subsumida en la función social como la función económico-social de las teorías objetivas italianas, ya que ellas hacen de este factor, un elemento esencial dentro de la estructura del negocio, a modo de postulado fundante del reconocimiento de la tutela jurídica.

Vale decir, que la función típica del negocio via función socio-económica del negocio, según las teorías objetivas italianas, no es un elemento del negocio jurídico, porque tal función típica no se confunde con la función socialmente relevante y vinculante por su utilidad social; ya que la función social no es sino un criterio de valoración que impide un ejercicio libérrimo de las libertades y, asimismo, informa todo el derecho imponiendo justicia dentro de las relaciones de los particulares.

De la rnisma forma, dichas teorías objetivas cometen un doble error, por un lado, confunden la función típica del negocio en la sociedad con la utilidad social del negocio que sirve de base para la validez del mismo, dentro de una estructura que se le llama "causa" a modo de elemento esencial del mismo, y por otro lado, ven esa utilidad social fundante de la validez del negocio, como la *función social* que es una institución equilibradora entre la libertad individual y el orden social, que pertenece a todo el derecho y no sólo a los negocios jurídicos, a modo de elemento esencial de éste.

Veamos ahora, después de este breve panorama inicial, cuáles son las principales vertientes de las teorías objetivas, de viejo cuño italiano.

2. SOBRE LAS TEORÍAS OBJETIVAS

Si bien es cierto, como comentábamos anteriormente, que la función social ha sido utilizada indistamente por los autores que postulan que ésta debe verse dentro de la estructura del negocio jurídico a modo de elemento fundante de la validez del mismo, sin embargo, podemos distinguir dos grandes vertientes de estas doctrinas: en primer lugar tenemos aquéllas que ven la causa del negocio jurídico en la función económico social del negocio, y por otro lado, la causa asumida como la función jurídica del mismo.

Asimismo, con una u otra opción, se intentará por todos los medios separar la causa de los motivos, como se hacía antaño con la causa clásica.[598]

De otra parte, algún sector de la doctrina ha creído encontrar la causa en una finalidad práctico[599]; el hombre crea determinadas relaciones o situaciones con otras personas o frente a la colectividad para satisfacer intereses egoístas o altruistas, muchas de las cuales ofrecen en la vida social una figura típica porque responden a intereses que, en general, todos satisfacen del mismo modo, acabando

598 Por su lado, los motivos aparecen como irrelevantes para el derecho: sólo cuando son incorporados al negocio en for ma de cláusulas accesorias del mismo, configurando de modo especial la voluntad negocial típica (condiciones, términos, etc.), o cuando la ley los toma en consideración por estimarlos dignos de ella, tienen valor jurídico. Entonces la causa remota aparece como la razón jurídica (pretérita, presente o futura) que, en ciertos casos, determina la celebración del negocio jurídico o constituye la justificación de éste. Por ejemplo, Tirio pa, *solvendi causa*, para cumplir una obligación preexistente. Si la causa remota no existe o es ineficaz o se extingue, no impide que se produzcan los efectos del negocio jurídico celebrado, pero otorga a los interesados el derecho de anular estos efectos, como el que cree que hay obligación (erróneamente) pero en realidad no existe: aquél puede repetir la suma pada a través de la figura del error.

De modo que la configuración de la causa remota dentro de la estructura del contrato, va por la vía de la accesoriedad y no tiene carácter de esencial, motivo por el cual podría reclamarse la anulabilidad (error en la celebración del negocio), mas no la nulidad, de acuerdo a las circunstancias que envuelven el negocio.

599 SANTA CRUZ TEIJEIRO, sf, pp. 96 y ss.

la sociedad por distinguir esas relaciones con una denominación específica: venta, donación, arrendamiento, sociedad, mutuo, etc., que en realidad vienen a ser tipos jurídicos.

Desde otra perspectiva, Candian[600] cree que la causa es la razón y el porqué del negocio jurídico. No es el capricho el que funciona como propulsor de los negocios jurídicos, sino una finalidad práctica, y es el mérito o valor social de esta finalidad, o sea, el interés cuya satisfacción se tiende, lo que solicita el ordenamiento a prestar la tutela jurídica. El impulso o finalidad ocasional, el fin individual o contingente es diferente a la finalidad constante o fija.

La función ejercitada por la causa en la economía del negocio se explica bien: la exigencia unas veces genérica; otras, específica de cierta finalidad, no individual sino social, no eventual sino constante, es impuesta por la necesidad de separar los intereses que la ley considera merecedores de tutela por parte del ordenamiento, de todos los otros.

Esta posición parece razonable dentro de la esfera de la tipicidad, de modo que cuando las situaciones jurídicas de los particulares confluyen dentro de una determinada órbita, el aparato jurídico tiende a brindar su férula; la imagen se representa con bastante simpleza: el actor emite su voluntad en la convicción de la coincidencia de su interés con el del tipo normativo que se encuentra implícito en el sistema legal.

Y con la finalidad de estudiar cada una de estas ramificaciones, desde sus sostenedores y sus respectivas doctrinas, veamos sus principales conceptos.

600 CANDIAN, sf, pp. 168 y ss.

3. CAUSA COMO FUNCIÓN ECONÓMICO-SOCIAL

El grueso de los autores piensan que el iniciador de la doctrina de la causa como función económico social fue Scialoja, teoría que sería luego abonada por Coviello, De Ruggiero, Duguit y otros más, para desembocar en Betti, y luego seguir con otros autores que matizaron esta tendencia; por esta razón, conviene escudriñar su desenvolvimiento paulatinamente.

Para Muñoz, la causa es la función del contrato, el porqué, la razón de ser del negocio jurídico bilateral, función unitaria del contrato, síntesis funcional de los elementos del contrato, opinando: "En la función del negocio jurídico en sí, y por sí, sin necesidad de conexión con la voluntad del sujeto, hemos de encontrar la causa, como por ejemplo, la causa de la venta es para el vendedor recibir el precio de la cosa; y los motivos, el empleo del precio."[601]

De esta manera, vemos cómo es que el tipo legal impuesto por el ordenamiento jurídico a partir de la función económico social que desempeña cada negocio en el tramado comercial, ejerce un rol similar al que le destinaba la doctrina clásica de Domat y Pothier (donde p. ej. la causa en los contratos sinalagmáticos de compraventa es el juego de las contraprestaciones entre precio y cosa), con lo cual, las teorías objetivas italianas constituyen una sutil resurrección de la doctrina clásica francesa de la causa.

Por otra parte, "la premisa básica de estas teorías -explica Diez Picazo- es la consideración del negocio o contrato en sí y no exclusivamente de las obligaciones que produce, como en las teorías subjetivas.

La concepción objetiva supone que el ordenamiento jurídico no tutela sino determinados negocios porque sirven para alcanzar

601 MUÑOZ, 1960, p. 151.

fines sociales concretos. En la compraventa, el ordenamiento jurídico protege el negocio porque actúa un intercambio de bienes por dinero, que se juzga útil desde el punto de vista social; en la transacción, porque también tiene utilidad social la terminación de un litigio; en la donación, porque da relevancia a los deseos altruistas y desinteresados del hombre, etc.

La concepción objetiva de la causa ha sido formulada como la función económico-social del negocio o bien como la función practico-social reconocida por el Derecho, es decir, la función que aquél objetivamente tiene y que el ordenamiento sanciona y reconoce. Esta función es reconocida, en general y preventivamente acuñando la ley determinados tipos negociales (compraventea, donación, arrendamiento, préstamo, permuta, etc.), con su correspondiente normativa, en los que las funciones económico-sociales o práctico-sociales se realizan. Cuando las partes adoptan como cauce para la satisfacción de sus intereses alguno da aquellos tipos (incluso desplazando la normativa legal en lo que tiene de meramente dispositiva, no impositiva), el ordenamiento jurídico ya les ha dado preventivamente su sanción jurídica, ya ha proclamado que protegerá el negocio."[602]

Con esta advertencia preliminar podemos comprobar con meridiana claridad cómo es que la causa entendida como la función económico social del negocio ha sido prevista anteladamente por el ordenamiento jurídico, de modo tal que los sujetos jurídicos sólo utilizarán aquellos moldes prodigados por el derecho objetivo para dar andamiento a la consecución de sus intereses.

Veamos ahora, cómo es que ha evolucionado esta concepción objetiva de la causa en el trajinar histórico doctrinario.

602 DIEZ PICAZO y GULLON, 1984, pp. 67-68.

3.1. Teoría de la causa vista como función social desde la perspectiva objetivo-subjetiva del negocio (Scialoja)

La doctrina de la función económico-social de la causa del negocio jurídico arranca con Scialoja que, a la sazón, además de civilista era romanista, razón por la cual pretendió basar históricamente esta función social típica de los negocios en la vieja tipicidad romana de los clásicos contratos, sin darse cuenta que los sistemas eran totalmente distintos y por ende también diferían los sistemas de tipicidad contractual.[603]

Pero pese a este error histórico, Scialoja no predica una teoría abiertamente objetiva de la causa del negocio jurídico, sino que su concepción participa de una faz subjetiva, asi Diez Picazo refiere: "Scialoja dice que la causa se presenta como la función social del negocio, razón suficiente de su tutela jurídica, pero esa causa objetiva debe hallarse también en el ánimo de las partes. En una compraventa, por ejemplo, vendedor y comprador *han de querer* llevar a cabo el intercambio de dinero y de cosas, que el ordenamiento jurídico portege como finalidad social útil. Por tanto, junto a la causa objetiva se coloca la subjetiva, que es el motivo próximo del agente, por el cual en su ánimo aparece la intención encaminada a conseguir aquel fin objetivo. En otros términos, la causa subjetiva sería la objetiva en cuanto es concebida y querida por el agente."[604]

A partir de la última linea de la cita, comprendemos que su teoría participa de dos aspectos, uno objetivo constituido por la función social del negocio que es la razón suficiente de tutela jurídica; y otro aspecto subjetivo, consistente en la intención emprírica de las partes de querer la realización de tal criterio. Vale decir, que ambos aspectos se resumen en el criterio objetivo, porque la subjetividad se

603 GORLA, 1959, p. 247.

604 DIEZ PICAZO y GULLON, 1984, p. 68.

refunde con la objetividad y no se concibe otro querer que no sea el que recaiga sobre el criterio objetivo. Por ejemplo, la causa de una compraventa es vista como el intercambio de un bien por un precio, y la causa subjetiva es la intención que tienen las partes de querer la realización de tal intercambio.

Algunos autores piensan que es injusto colocar la teoría de Scialoja dentro de la masa de las teorías objetivas, por las razones antedichas, caso de De Castro y Bravo[605], pero si se analiza por entero la situación en torno, se comprenderá que se trata en sí de una teoría básicamente objetiva, aunque se le quiera añadir matices psicológicos que no hacen sino reconducirnos al mismo esquema que se quiere complementar.

Veámoslo, de la misma forma, del lado del mismo De Castro: "Con aguda intuición de la realidad jurídica se enseñó por Scialoja que la distinción entre la causa y los motivos, vagamente dibujada en la doctrina antigua, ha de basarse no en diferencias subjetivas o psicológicas, sino en que el Derecho hace, de los meros negocios, negocios jurídicos, cuando son o por ser 'socialmente útiles' (p.ej. la compra-venta, como cambio de mercancía por dinero); ya que no todas las manifestaciones de la voluntad humana merecen del Derecho su protección. Esta 'causa objetiva' añade, no excluye la 'causa subjetiva', ya que en el ánimo de las partes ha de estar la 'determinación de aquella causa objetiva' (p. ej., el cambio de mercancía por dinero); de modo que la causa objetiva habrá de ser en cada negocio concreto motivo de la voluntad de las partes. La doctrina italiana posterior recoge la idea de la importancia de la significación social de la clase de negocio y la de su consiguiente valoración jurídica; pero ya olvidando o dejando en la penumbra la 'causa subjetiva'.[606]

605 DE CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 181.
606 DE CASTRO Y BRAVO, 1985.

Como se puede observar, la posterior doctrina italiana abandona el aspecto bjetivo de la doctrina de Scialoja y sólo toma en consideración la faz objetiva la causa, y es que ambos aspectos no desembocan sino en la misma base objetiva del negocio.

Estudiemos ahora cómo se desarrolla esta teoría en las nociones posteriores del causalismo objetivo italiano.

3.2. La función económico-jurídica del negocio (Coviello)

A partir de Coviello la teoría de la causa económico social empieza, como lo insinuamos anteriormente, a alejarse del aspecto subjetivo de la causa, para enfocarse sólo en el objetivo, y también a dejar de lado el factor social en la configuración del elemento *función*, entendido como base justificante del negocio jurídico.

Coviello piensa que para obtener el verdadero concepto de causa se debe considerar que: "Las declaraciones de la voluntad privada para producir efectos jurídicos deben tener un objetivo práctico; más aun, en cuanto un fin práctico está reconocido y protegido por el derecho, la declaración de voluntad que tiende a conseguirlo, asume la figura y la eficacia de negocio jurídico. A éste lo caracteriza, pues, su función práctica, en cuanto protegida por el derecho. Todo el que enajena, renuncia, o asume una obligación, no se propone enajenar, renunciar, o transmitir el derecho patrimonial *sic et simpliciter*, sino hacerlo con éste o con aquel fin; por ejemplo, para donar, para satisfacer una obligación anterior, para otorgar crédito, para efectuar el cambio de una cosa por otra. Pues bien, este fin práctico es la causa del negocio jurídico, la cual puede definirse diciendo que es 'la razón económico-jurídica del negocio.'[607]"

607 COVIELLO, 1938, p. 416.

De esta manera, la causa se concibe como el fin o función práctica del negocio que persiguen las partes al obligarse, que descansa en la razón económico-jurídica del mismo. "Concebida así la causa, -continúa Coviello- es evidente que se determina de modo diverso, según la diversa índole de los negocios jurídicos. Así, en los contratos bilaterales, ella consiste en el cambio de las dos contraprestaciones, y, mirada con respecto a la obligación de un contratante, consiste en la obligación del otro. En los contratos reales, estriba en la entrega de una cosa con un fin determinado. En la donación y en los actos unilaterales a título gratuito, la causa es la voluntad de beneficiar, o sea de enriquecer el patrimonio de otro sin contraprestación alguna."[608]

Hasta aquí queda bastante claro que esa razón económico-jurídica, fin práctico de las partes en el contrato, no es sino la causa clásica de Domat y Pothier, sino compárese especie por especie: Así, en un contrato bilateral, la obligación de una parte es la causa de la obligación de la contraparte; la causa en los contratos reales será la entrega anterior del bien y la causa en las donaciones recaerá en el *animus donandi*. Asimismo, la coincidencia de este fin práctico jurídico en la figura de la causa entendida como razón económico-jurídica con la causa clásica, hace resaltar que se trata de la versión objetiva de la causa clásica y no de la subjetiva que la reputa como la consideración de la obligación contraria, o la consideración de la entrega del bien, etc.

Ahora bien, huelga toda alusión a la improductividad de la causa clásica, remitiendo el análisis y crítica de la misma al capítulo atinente.

608 COVIELLO, 1938.

De otra parte, el factor subjetivo de la causa económico jurídica es soslayado o minimizado por Coviello cuando afirma: "Fluye de aquí que la causa es un elemento esencial del contenido del negocio jurídico, y tiene un valor objetivo; ¿pues cómo podría concebirse una donación que no tuviese por objeto el enriquecimiento de otro sin compensación, o con un contrato oneroso sin dos prestaciones correspondientes? Esto no quita, empero, que la causa, con todo y constituir un elemento objetivo del negocio, puede considerarse bajo el aspecto subjetivo, esto es, en cuanto constituye un objetivo práctico que, caracterizando el negocio, es querido por el que realiza el negocio mismo. Pero bajo este aspecto no tiene importancia, pues es claro que quien realiza un negocio jurídico, lo hace persiguiendo un fin práctico; más todavía, es éste el que caracteriza el negocio. Por otra parte, aunque subjetivamente exista una causa de la declaración de voluntad, o sea un fin práctico, cuando éste no está protegido por el derecho, o le es contrario, su existencia subjetiva, no acompañada de la objetiva, a nada conduce."[609]

Esto no significa sino que el criterio subjetivo no es importante por cuanto, como lo vimos en el caso de Scialoja, la intención empírica siempre desemboca en el molde o tipo legal. "Aun subjetivamente considerada, -remata el autor- la causa no es otra cosa que el intento prático que caracteriza el negocio, y, en cuanto está protegido por el derecho, le da la vida y la eficacia jurídica."[610]

De esta manera, no nos equivocamos cuando manifestábamos que la teoría de la función económico social, no es más que la sutil resurrección de la teoría clásica de la causa de Domat y Pothier, extremo confirmado por Coviello y su superflua doctrina.

609 COVIELLO, 1938, pp. 445-447.
610 COVIELLO, 1938, p. 447.

Sin embargo, es necesario aclarar que la teoría de Coviello no toma en consideración el factor social que si se presenta en la doctrina de Scialoja. "La posición de Nicolás Coviello -expresa Taboada- es sólo una posición intermedia entre la teoría clásica de la causa y la concepción objetiva de la causa como función del negocio jurídico, que entiende la causa como función, pero sin destacar el significado social de la misma. En tal sentido, su construcción no es igual a la de Scialoja y resulta muy distinta a la de Emilio Betti."[611]

Con lo cual queda confirmado que la concepción de Coviello, por más que asuma criterios de fin práctico a modo de función económico-juirídica del negocio, no hace más que reproducir -como en sí lo hacen las teorías objetivas, desde posturas harto sutiles- los planteamientos clásicos de la causa.

Estudiemos ahora los planteamientos de De Ruggiero que apoyan la construcción de esta vertiente de las doctrinas objetivas.

3.3. Teoría de la función económico social (de Ruggiero)

Brevemente observaremos cómo la concepción de Coviello es reproducida íntegramente por De Ruggiero, con la única diferencia de que este último tratadista le cambia el rótulo a dicha concepción, pero en realidad se trata de lo mismo.

De Ruggiero empieza por distinguir -al mero estilo clásico- la causa de los motivos, diciendo: "En la serie de las representaciones psíquicas que preceden a toda declaración de voluntad y que determinan la acción humana es siempre posible distinguir la última, que funciona como motivo determinante de la acción de todas las demás que le acompañan. Quien vende, arrienda o dona, obra, o por obtener una contraprestación, el precio de la venta, el

611 TABOADA, 1996. p. 358.

canon, en el arrendamiento, o por realizar un acto de liberalidad, desprendiéndose de la cosa propia sin recibir equivalente. Pero el motivo que le impulse a la venta, el arrendamiento, a la donación, puede ser el deseo de satisfacer con el precio una deuda suya, o que no pueda usar él personalmente de la cosa alquilada, o el deseo de remunerar algún servicio. Viceversa, quien compra o toma en arrendamiento, se propone conseguir la cosa o el goce temporal de la misma en compensación del precio o del alquiler que entrega a la otra parte; pero también puede ser inducido a comprar o a tomar en arrendamiento para disfrutar la cosa personalmente o para comerciar con ella, para obtener una ganancia, para trasladarse al lugar en que radica la cosa o el fundo comprado o arrendado. En toda serie de móviles, que se hallan estrechamente ligados entre sí como los eslabones de una cadena, el Derecho toma en consideración sólo el último, el más próximo a la acción, el que la determine, el que sirve objetiva y jurídicamente a justificar el acto, no los otros, más remotos, que han excitado a la voluntad proporcionándole ocasión de determinarse, pero que no bastan por sí a determinarla y a justificar el acto; y éstos no los toma en consideración porque carecen, por regla general, de relieve para el Derecho, a no ser que hayan sido incorporados en la misma declaración de la voluntad en forma de modo, condición o supuesto, constituyendo parte integrante de la misma. Pues bien, aquél es la *causa*, es decir, la razón determinante de la voluntad, y para los negocios de contenido patrimonial el fundamento objetivo que justifica la atribución patrimonial; éstos son los *motivos*, o sea las causas impulsivas individuales o subjetivas; aquél la condición esencial de existencia del negocio jurídico, sin el cual la voluntad no sería capaz de producir el efecto que pretende; éstos, la razón ocasional y accidental del negocio, la cual, si bien nunca falta como impulso primordial de la voluntad, no tiene importancia alguna para el Derecho. Y si a toda la serie se quiere llamar motivos,

aquél será el *motivo próximo*, porque no cambia nunca, por ser objetivamente determinado y caracterizado por la naturaleza e intrínseca finalidad del negocio; los otros, los *motivos remotos*, que responden a representaciones psíquicas internas que pueden ser infinitas y variables, como lo son las circunstancias individuales que mueven a los hombres a ligarse en relaciones entre sí."[612]

De este pasaje se desprende que la lectura de De Ruggiero de la causa clásica es asumida desde una perspectiva subjetiva -y no objetiva como lo hace Coviello- por cuanto concibe a la causa clásica como el "*motivo próximo*". Sin embargo, como lo vimos en el capítulo atinente a la teoría clásica de la causa, ya con una versión subjetiva u objetiva de la misma, se arriba a igual resultado, cual es la inutilidad y falsedad de dicha concepción.

Lo importante que hay que rescatar, es que el autor *sub análisis*, dirige su mirilla al concepto de causa clásica, tal cual lo hizo Coviello. Al respecto De Rugiero menciona: "Todo negocio en sí y por sí, es decir, objetivamente considerado, se dirige a un fin económico-jurídico que se destaca de los fines particulares e individuales del agente, constituyendo su razón de ser. Este fin objetivo es en los negocios de adquisición, no la atribución patrimonial en sí misma, (porque nadie puede querer un tal efecto en sí y por sí sin una causa), que no es ni siquiera la razón ocasional e individual (porque los motivos subjetivos no se toman en cuenta), sino la función que objetivamente realiza el negocio, función económica y social, en vista y en protección de la cual el Derecho *reconoce* la voluntad. No basta una simple declaración para que la atribuación querida sea, sin más, protegida por el Derecho; es necesario que concurra, además, una condición objetiva o de hecho reconocida por el Derecho como causa justificativa de la atribución, de modo que cuando tal causa

612 DE RUGGIERO, 1997, pp. 281-282.

falte, la atribución no es reconocida por el Derecho... Causa es, pues, el fin económico y social reconocido y protegido por el Derecho; es la función a que el negocio -obviamente considerado- se dirige, es la condición que justifica la adquisición en cuanto excluye que sea lesiva al derecho ajeno; representa en cierto modo la volunltad de la ley frente a la voluntad privada."[613]

Hasta aquí podemos concluir tres cosas: en primer lugar, que la primigenia lectura subjetiva de la causa clásica es trocada por una interpretación básicamente objetiva, con lo cual coincide con Coviello, y tanto así que rotula a este fin objetivo del negocio como la función económico-jurídico del mismo (reproduciendo el epígrafe de Coviello).

En segundo lugar, una vez ya identificada su interpretación objetiva de la causa clásica con la visión de Coviello, sin ninguna razón sustentable apoda a esta causa de "función económico social", con lo cual asume que dicha concepción tiene una faceta *social* al interior de la concepción, sin embargo, no justifica esta utilidad social ni mucho menos predica la fundamentabilidad de su aserto. De esta manera, no puede pensarse que sigue la orientación de Scialoja quien introdujo la función social del negocio como causa del mismo. "Por ello es importante -anota Taboada- destacar que Roberto De Ruggiero no postula en absoluto una noción de causa como función socialmente util (sic), sino unicamente (sic) un concepto de causa como función económico social considerada digna y merecedora de tutela por el ordenamiento jurídico; de forma tal que, en este aspecto, su construcción teórica sobre la causa es distinta a la que encontramos esbozada en Scialoja y posteriormente perfeccionada en Betti."[614]

613 DE RUGGIERO, 1977, pp. 282-283.

614 TABOADA, 1996, pp. 362-363.

En tercer lugar, menciona que esta causa objetiva no es sino la voluntad de la ley, con lo cual se afilia a una postura netamente positivista mediante la cual no existirán efectos jurídicos si es que la norma no los legisla anteladamente.

Con lo cual la función social de Scialoja, o económico-jurídica de Coviello, o económico social de De Ruggiero, no es más que una sutil resurrección de la teoría clásica de la causa, la misma que desemboca en el tipo normativo que representa la *voluntas legis*.

3.4. Teoría de la función social (Duguit)

Uno de los grandes autores que aportaron doctrinalmente a la elaboración del concepto de causa como función económico social es Duguit, al cual lo estudiaremos en seguida.

Su concepción, en lo atinente a la incardinación del hombre en el seno social, se pinta de cuerpo entero en el siguiente párrafo: "Ahora bien, hoy día tenemos la clara conciencia de que el individuo no es un fin, sino un medio; que el individuo no es más que una rueda de la vasta máquina que constituye el cuerpo social; que cada uno de nosotros no tiene razón de ser en el mundo más que por la labor que realiza en la obra social."[615]

Como vemos, este autor tiene una concepción marcadamente totalitaria, socializante y trasnochada. Sin embargo, para la época en que escribió su libro eran ideas que pudieron parecer revolucionarias. Nótese que el texto citado, pese a estar inserto en su libro sin tener fecha de edición, constituye una conferencia pronunciada por el autor en la ciudad de Buenos Aires, el 13 de Setiembre de 1911,[616] con lo cual podemos entresacar que sus ideas se vieron cabalgadas por un pensamiento socializante, que a la fecha resultan superadas.

615 DUGUIT, León, sf, p. 177.
616 DUGUIT, sf, p. 198.

Por su parte Santos Briz replicaría: "No conviene exagerar la nota de lo social hasta llegar a devorar al hombre, puesto que la obtención por el individuo de un puesto en lo social no ha de concebirse como una lucha entre individuo y sociedad, sino que la relación de rango entre ambos ha de ser resuelta con criterio armónico sin ver entre ellos contraposición alguna."[617]

De la misma opinión es Max Arias cuando refiere: "Admitimos también el dirigismo contractual y el intervencionismo judicial en la medida de que estén destinados a impedir el abuso y con una dosificación adecuada para que no se destruya la autonomía de la voluntad y la libertad de contratar..." y más adelante manifiesta: "Hay que evitar los riesgos de un dirigismo o intervencionismo legislativo o judicial tan intenso que termine por destruir la fuerza vinculatoria del contrato y su economía. Se ha dicho y se ha dicho bien, que el dirigismo debe ser un factor de orden, pero no una escuela de anarquía jurídica y social. Agregamos que aunque es preciso que se respeten los contratos, es también imperioso que en los contratos se respete, a su vez, la justicia. Se advierte, de lo expuesto, la necesidad de buscar la combinación entre la seguridad jurídica y la justicia, sin caer en los extremos individualistas, pero tampoco en los extremos individualistas. Reafirmarnos, pues, una convicción que no es de ahora y que se traduce en sostener que en la hipótesis de que una y otra entren en conflicto, debe prevalecer la Justicia, pues sin ella el Derecho carece de contenido. Cabe añadir, por lo demás, que el argumento de la seguridad jurídica puede ser, en el fondo; un inmenso sofisma, pues ella, como todo valor jurídico es de carácter bilateral y al ser opuesta sólo se está pensando en el acreedor, ignorando la seguridad del deudor."[618]

617 SANTOS BRIZ, 1978, pp. 13-14.

618 ARIAS SCHREIBER-PEZET. 1988, pp. 33 y 34.

Por todo ello, no vemos en Duguit sino una visión totalizante del mundo, explicable por la superestructura ideopolítica del espacio-tiempo histórico que le tocó vivir, y cuya perspectiva aparece hoy superada y negada.

No podría ser otra la crítica a su concepción con respecto al hombre, al verlo como un medio y no como un fin. A este respecto, Kant acotaría: "El hombre... existe como un fin, y no como un medio que puede ser usado arbitrariamente por tal o cual voluntad."[619] Y es que el personalismo jurídico -difrerente del individualismo- representa el zócalo basilar sobre el cual se construye el mundo jurídico normativo: "La persona en sí -refiere Santos Briz- como titular de relaciones personales, familiares y patrimoniales, es la base y el centro del Derecho civil; su personalidad es la idea básica de todo el Derecho privado. Las circunstancias sociales y económicas de cada momento han de influir necesariamente en la estructuración de los derechos de que la persona es titular, derechos que están sometidos a un incesante devenir. Pero es el personalismo ético, la base primordial de la legislación civil."[620] Y no solamente este personalismo jurídico es la base del derecho civil o del derecho privado, sino del universo jurídico en general.

Bidart Campos lo asevera tajantemente: "Si reconvertimos el lema paulino (la letra mata y el espíritu vivifica) podemos decir: el legalismo mata, y los valores vivifican. Es así sobre todo cuando, todavía por encima de la constelación de los valores jurídicos, anteponemos la ética, que nos arrima el valor 'personalidad' propio de cada ser humano en cuanto persona."[621] Y este valor personalidad propio de cada ser humano, constituye el basamento de todo el orden

619 BIDART CAMPOS, 1988, p. 7.

620 SANTOS BRIZ, 1978, p. 24.

621 Cfr. el prólogo de nuestro libro "La Tiranía del Derecho" (1996, p. 17).

jurídico, así: "Este personalismo ético que el hombre tiene porque es 'persona' le permite exigir de los demás el respeto como tal, tanto en su vida, cuerpo y salud como en su propia esfera vital y viene obligado a respetar a los demás en la misma medida. En esto consiste la relación jurídica fundamental que es base de toda comunidad jurídica derivada de la vida en común. Sus elementos principales son el derecho, el deber y la reciprocidad de derechos y deberes de unas personas con otras."[622]

Con todo ello, Duguit, en el momento actual, se presenta como un avanzado para su tiempo, pero como un desubicado para nuestro espacio-tiempo histórico globalizado que tiene una filosofía en la cual el hombre y la sociedad se encuentran en una situación de armonía equilibrante, y donde la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, y no constituye ningún medio, sino -como dice Kant- un fin en sí mismo. Todo lo cual viene a formar parte de la base del ordenamiento jurídico moderno.

De ahí que podemos atisbar que Duguit posee una visión socializante y totalitaria del hombre, la sociedad y del derecho, y son justamente esas nociones las que sirvieron de pábulo para la confección de las teorías objetivas de la causa entendida como función económico social.

De otra parte, este autor postula que la propiedad entendida como derecho se transforma en aquel otro en el cual la propiedad es una función social, de forma tal que no podría existir ya un ejercicio discrecional de la propiedad sino un ejercicio dictaminado por las exigencias sociales. "Todo individuo -afirma Duguit- tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la

622 SANTOS BRIZ, 1978, p. 25.

riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza."[623]

Con esta cita se comprende que la famosa trilogía de la propieda privada: "*usus*, *fructus*, *abusus*", traducida en el "*ius utendi*, *ius fruendi y el ius abutendi*", no queda subsumido a la consideración del equilibrio patrimonio-orden social, queda absorbido por la función social que el Estado juzgue conveniente de acuerdo a sus propios intereses, que son, obviamente, los intereses de una determinada clase social en el poder. Si con De Ruggiero habíamos mencionado que la causa entendida como función económicosocial -según lo expresaba el mismo tratadista- la voluntad de la ley, lo mismo podríamos decir con respecto a la función social de la propiedad de Duguit, esta función no es sino la voluntad de la ley, y como la ley es la expresión del Estado, será la voluntad del Estado la que determina cuál será la función de la propiedad en un deterrninado momento y lugar histórico.

Nuevamente nos topamos con una concepción no sólo positivista y legalista, al reconducir el contenido de la función social, al predicamento de la ley, sino estamos frente a una postura estatificante, por medio de la cual será la voluntad estadual la que determine los contenidos de supradicha función.

Sin embargo, no se piense que estamos predicando una vuelta al liberalismo burgués dieciochesco donde la libertad, igualdad y fraternidad no cumplieron el papel que estaban destinados a alcanzar,

623 DUGUIT, sf, p. 178.

"sin abandonar la propiedad privada ni la libertad de contratación, -dice Santos- se han intensificado en su regulación y en su aplicación práctica los *deberes y responsabilidades de tipo social y* la protección de la parte débil. Se observa así que mientras en la primera mitad de nuestro siglo apenas se hace mención en la jurisprudencia a deberes sociales y supraindividuales, en las últimas decadas es frecuente la invocación de las necesidades sociales y de los imperativos éticos individuales, para resaltar así la atención a la justicia conmutativa del contrato, la consideración a los factores sociales y la protección a las personas que por su insuficiencia económica o por otras circunstancias no se encuentran en condiciones de proveer a la defensa de sus derechos..."[624]

A partir de allí, la historia circula por la senda que predica que la propiedad -sin quedar subsumida en la voluntad estadual que interpreta la demanda societal- ejercita su accionar en función social, vale decir, que el ejercicio debe respetar el orden público, las buenas costumbres, los derechos de terceros, la protección a la parte mas débil en una relación, etc, etc., etc. Díez Picazo lo asevera de igual manera: "Contra la excesiva injerencia estatal en la órbita de actuación de la persona, le corresponde al Derecho civil la labor de conservación y mantenimiento de las prerrogativas jurídicas de la persona (autonomía privada)."[625] O sea que "dado el estado y objetivos que 'estas tendencias persiguen, la *socialización* del Derecho privado no se ha de entender en el sentido técnico estricto que propugna la supresión de la propiedad individual sobre los medios de producción a favor de la comunidad (según propugna la tendencia marxista), sino en sentido amplio, como configuración social de la convivencia

624 SANTOS BRIZ, 1978, pp. 32-33.

625 DIEZ PICAZO y GULLON, 1980, p. 59.

humana que aspira a la protección de los económicamente débiles y, con ello, al bien común en lo posible."[626]

Es este bien común, interés general o anhelo que puede ser rotulado de diversas formas, según la cantera iusfilosófica del analista, la que brinda suficiente pertrecho para alejarnos de posturas extremas que conviertan al hombre en un medio de realización de intereses sociales. La historia misma ha negado estas teorías marxistas radicales que pretendían el cambio de la sociedad capitalista por una socialista, cuando lo único que se obtuvo fue un capitalismo nuevo de Estado. Por ende lo que se está postulando es una moderada socialización del derecho: "En definitiva, -apoya Santos- y por lo que se refiere al actual momento evolutivo, no cabe negar una moderada socialización del Derecho privado."[627]

De otro lado, su pensamiento con respecto a la propiedad queda claro en la siguiente reseña: "Ante todo, el propietario tiene el deber y el poder de emplear la riqueza que posee en la satisfacción de sus necesidades individuates. Pero, bien entendido, que no se trata más que de los actos que correrspondan al ejercicio de la libertad individual, tal como anteriormente la he definido, es decir, al libre desenvolvimiento de la actividad individual. Los actos realizados en vista de este fin serán protegidos. Aquéllos que no tienen este fin, y que, por otra parte, no persiguen un fin de utilidad colectiva, serán contrarios a la ley de la propiedad y podrán dar lugar a una represión o a una reparación."[628]

Es en este pasaje de la obra de Duguit donde podemos comprobar su noción de "fin" dentro de la estructura de la propiedad. Para el autor, si bien no se coarta el fin individual en el ejercicio de

626 SANTOS BRIZ, 1978, p. 45.
627 SANTOS BRIZ, 1978, p. 46.
628 DUGUIT, sf, pp. 186.

la propiedad, éste debe guiarse por un fin colectivo, por un interés social que está por encima del individual, sino veamos la siguiente cita: "Si puedo legalmente construir una casa de alquiler en mi terreno, aún cuando cause un grave perjuicio a mi vecino, es que en tal caso empleo la cosa en mi interés, es verdad, pero al mismo tiempo en vista de un fin de inlerdependencia social. Realize el trabajo social que mi posesión de ese terreno me permite cumplir; aseguro la satisfacción de necesidades sociales. Pero, como la jurisprudencia ha decidido con razón, no puedo legalmente construir una pantalla sobre mi terreno, una falsa chimenea sobre el tejado de mi casa, o hacer sin motivo excavaciones en mi jardín, porque con eso hago cosas que no me son de utilidad ninguna y que de ninguna manera sirven a la interdependencia social.

Pero, se dirá, esas cosas inútiles no están en realidad prohibidas al propietario; lo que está prohibido es el daño que puedan causar a otro. Jamás. Si el daño causado a otro implica reparación, es precisamente porque están prohibidas."[629]

Esta teoría es bien singular porque de su lectura se desprenden dos cosas: En primer lugar, que el factor social como circunstancia invalidante de negocios que contravengan el interés social es un supuesto super-erogatorio impuesto a la naturaleza del contrato, ya que se podrían obtener tales efectos invalidantes a través del uso de otros mecanismos-como la licitud o la nulidad virtual- que con bastante éxito es la función contralora de las operaciones, sin necesidad de crear criterios abstrusos y totalizantes.

En segundo lugar, se impone una prohibición al ejercicio de actividades del propietario sobre su bien, cuando recaigan sobre

629 DUGUIT, sf, pp. 186-187.

situaciones que -a juicio del Estado- no correspondan a la función social típica que debería cumplir la propiedad.

Vale decir, será el Estado quien valore el contenido del factor de la interdependencia social, para decidir cuándo una determinada actividad está o no en armonía social, es o no útil socialmente. Por ejemplo, se manifiesta que el construir una falsa chimenea en el tejado de mi casa, es inútil porque, estoy haciendo un ejercicio antisocial de mi propiedad, manifestando que esta actividad no corresponde a mi necesidad individual ni a la utilidad social. Es decir, será el Estado a través de su aparato legal, el que decida cuándo una acción es social y cuándo no, cuándo es de común interdependencia y cuándo no, será el supremo Estado el que establezca cuál será la función que deba ejerecer el hombre, mi casa, mi trabajo, mi asociación, etc. en la sociedad. La voluntad del hombre su subsume a ese dios omnipotente de la voluntad del Estado; y en el caso concreto reseñado de la chimenea en la casa, pueda ser que el propietario la mande construir porque él cree que su propiedad se verá mejor, más estética y eso le dará un prestigio sobre sus vecinos, etc., podrían ser mil las motivaciones que llevaron al propietario a construir tal chimenea, pero como el Estado piensa que esa chimenea es falsa, entonces es inútil para él o y también para la sociedad, porque su valoración de la interdependencia social juzga una consecuencia de tal naturaleza.

En estos ejemplos, no estamos pensando aquellas situaciones donde –por ejemplo- las Asociaciones de dueños de casa, acuerdan que nadie pueda construir chimeneas porque le puede quitar valor histórico a la comunidad; o tampoco estamos pensando aquellas situaciones donde –por ejemplo- alguien desee construir un edificio de 150 pisos al lado del Capitolio en Washtington, DC. Estamos reseñando situaciones donde las restricciones son arbitarias y no reflejan la real valoración social.

Sin embargo, no se piense con ello que estamos afirmando la idea de que cualquier dueño de casa debe ejercer su derecho al uso de su propiedad en un sentido antisocial. Todo lo contrario. Por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, muchos dueños de casas pertenecen a Asociaciones de Dueños de Casas, encargadas –entre otras cosas- de mantener el cuidado de áreas comunes (p. ej. corte de césped, cuidado de las piscinas, limpieza de áreas públicas, seguridad de las propiedades, etc.), para lo cual los propietarios pagan mensualmente una cuota monetaria a dicha Asociación. Lo que ocurre es que los propietarios se adhieren a un contrato con la Asociación cuando adquieren la propiedad, en el sentido de que los propietarios tienen la obligación de abstenerse de realizar ciertas actividades que contravengan las normas de la Asociación (p. ej. Pintar la casa de un color diferente al de las otras casas, construir piscinas o chimeneas diferentes al de las otras, cortar el césped de su casa, evitar realizar reparaciones mecánicas de vehículos, evitar realizar fiestas con ruidos estridentes, etc.)

Como se puede apreciar, estas restricciones al ejercicio de la propiedad, es una opción, un contrato que el propietario asume con la Asociación a cambio de vivir armoniosamente. Dicho propietario tiene la libertad de adherirse o no a dicha Asociación, y someterse por ende a sus reglas.

Asimismo tampoco estamos afirmando que, para aquellos propietarios no afiliados a Asociaciones, la propiedad puede ser poseída de manera socialmente irrasonsable. Es sabido que la propiedad debe ser poseída en armonía social, lo que significa que en muchos casos el propietario tendrá que solicitar los permisos correspondientes al gobierno municipal, antes de realizar la construcción de chimeneas o habitaciones en su propiedad.

Entonces, lo que se afirma acá es la arbitrariedad del gobierno o Estado de impedir que un propietario pueda realizar reparaciones o construcciones cuando no se contravengan las normas establecidas, como es el caso de la construcción de una chimenea falsa, con fines estéticos.

En tal caso el Estado dirá qué actos jurídicos son sociales y qué otros no, cuáles cumplen la función social que le es típica y cuáles otros no. Como vemos, estamos frente a una ideología absorbente, totalitaria y socializante, impropia del mundo actual globalizado. Por su parte, De Castro y Bravo lo diría del modo siguiente: "Las ideologías socializantes, comunitarias y del positivismo legalista, repugnan el sentido liberal de las teorías subjetivas... El positivismo legalista, en sus manifestaciones más o menos totalitarias, desconoce el valor de la iniciatlva privada..."[630]

Ahora bien, si bien es cierto que ningún derecho puede brindar andamiaje al capricho y a la prepotencia individual, también es cierto que estas posturas objetivas de la causa restringen la voluntad, por cuanto la iniciativa individual queda a merced de la valoración del Estado, el que asumirá la función de catalogar cuándo una acción es social o no. En el citado ejemplo de la construcción de la chimenea, el Estado reputa inútil socialmente tal acto, sin embargo, dicho acto no conculca ningún derecho de terceros, ni tampoco daña el medio ambiente (ya que es un adorno), ni tampoco contraviene el orden público ni las buenas coslumbres; porque si contravendría tales derechos, entonces dicha construcción sería ilícita y por lo tanto resultaría inútil toda alusión a una nueva categoría social como elemento esencial del acto o negocio jurídico.

630 DE CASTRO Y BRAVO, 1985, pp. 181-182.

Como vemos, Duguit informa con su ideología socializanle, totalitaria, comunitarista, el enfoque de la causa como función económico social. De ahí que, vamos escudriñando cuáles son los fundamentos de las teorías objetivas italianas de la causa, para comprender luego el porqué de su falsedad e inutilidad, aparte de su super-erogatoriedad.

Ahora bien, el saldo de la crítica realizada a la teoría de Duguit no es del todo plausible, sin embargo, algún sector doctrinario piensa que su influencia es poderosa: "Sin embargo, por el momento, -afirma Taboada- debe señalarse con todo enfasis (sic), que la elaboración de Duguit resulta sumamente útil no sólo para juzgar la noción de causa en la doctrina italiana, sino también en la construcción de nuestra propia noción de causa..."[631]

Y es que la doctrina pretende encontrar en Duguit una herencia importante dentro de la fisonomía de la solidaridad social. Sin embargo, existe alguna diferencia entre este concepto visto por Duguit y por Betti, así para el primero la función social como producto de la misma solidaridad social por diferencias a partir de la división social del trabajo, es vista por Betti como la función social a raíz de la solidaridad social por semejanzas.[632]

Esto nos puede dar un indicio bastante claro de que la trasnochada teoría de Duguit, que asume al hombre como medio y a la sociedad

631 TABOADA, 1996, p. 375.

632 Cfr. TABOADA (1996), quien añade:
Es por ello precisamente que no compartimos la posición de Betti ni la de Duguit. Nos parece que las dos, independientemente consideradas, son incompletas y sólo toman en consideración un aspecto aislado de la vida social." Y luego continúa (p. 660): "Por nuestra parte, nuestro concepto de causa está fundamentado en estas dos manifestaciones de la solidaridad social, ya sea por semejanzas como por diferencias, pero no sólo en este aspecto, sino también en el de la relevancia de los fines estrictamente individuales en la medida que sean socialmentes razonables y dignos (aun cuando no sean socialmente trascendentes o relevantes). (p. 628).

como fin, ha sido puesta de relieve en la construcción de las teorías objetivas italianas de la causa, con lo cual podemos darnos cuenta de la dirección incorrecta que asumen tales doctrinas al ir conociendo a profundidad el contenido de sus elementos contribuyentes.

De otra parte, no debemos confundir la noción de función social de Duguit con la de Scialoja o la de De Ruggiero: "Esto significa en consecuencia que una cosa es el término o la expresión 'función social' y otra muy distinta el significado que quiera atribuírsele al mismo. El hecho que los autores utilizen (sic) en sus elaboraciones doctrinarias el mismo término de función social (o función económico social, etc) no significa en modo alguno que tengan que coincidir necesariamente en sus postulados. En otras palabras, el entender la causa como la función económico social del negocio jurídico no significa necesariamente coincidir con las ideas de Emilio Betti."[633]

De otra forma, el camino queda desbrozado para entender la fisonomía de la doctrina de Betti, quien conto con todo este arsenal doctrinario que respondió a la filosofía de su tiempo y que, como en el caso de Scialoja, muchos de sus postulados enancan su validez en errores históricos, cuando no, como Coviello y De Rugiero, en sutiles intentos de resucitar la falsa e inútil doctrina clásica de la causa, más las ideas totalitarias y socializantes de León Duguit para quien el hombre es un medio y no un fin en sí.

3.5. Causa como función económico-social (Betti)

Uno de los más destacados exponentes de la teoría de la causa como función económico social es Betti, para quien ésta constituye un componente de todos los negocios jurídicos y no sólo de los contratos, por lo que la noción jurídica de causa habría que iluminarla desde la idea de la filosofía hegeliana de "razón", contemplando

633 TABOADA, 1996, p. 385.

el negocio entero: la razón del negocio es su función económico-social.[634]

Desde esta perspectiva el negocio es un fenómeno social cuya causa, razón o justificación objetiva se encuentra en su función. Según Betti, quien promete, dispone, renuncia o acepta, no tiende pura y simplemente a obligarse, despojarse de un bien, transmitirlo o adquirirlo, sin otro fin que el puro placer de realizar un acto que es fin en sí mismo, sino que mira siempre a alcanzar una de las finalidades prácticas típicas que rigen la circulación de los bienes y la prestación de los servicios en la vida de relación: obtener un equivalente, cambiar, dar crédito, terminar un litigio, etc.[635]

Para entender bien estas categorías, Messineo[636] (que en su "Doctrina General del Contrato") refiere algunas situaciones que procedemos a explicar manifestando que:

a).- La causa genérica entendida como función económico-social que el contrato cumple y la ley consagra al caracterizar cada figura; y,

b).- La causa genérica no impide que, desde el punto de vista de cada contratante, la finalidad sea diferente, como por ejemplo la compraventa para el vendedor será obtener el precio, y para el comprador adquirir la propiedad de la cosa, aunque ambos quieren que el contrato produzca la transferencia del dominio contra el pago del precio.

De esta forma continúa Messineo expresando que dentro de la dirección objetiva que ve la causa como función económico-social del negocio, todo negocio jurídico cumple una función económica

634 DIEZ-PICAZO, 1983, pp. 167 yss.

635 DIEZ-PICAZO, 1983, p. 167.

636 Cfr. GASTALDI, sf, p. 218.

y social característica que el ordenamiento jurídico reconoce como relevante para sus fines y que es suficiente para justificar la tutela, acordada por ese mismo ordenamiento, a la autonomía privada.[637]

Vemos, además, que esta función económico social, entendida tanto en su aspecto general como en la función percibida desde la perspectiva de cada uno de sus elementos conglobantes, constituye una pálida demostración de que esta teoría no es sino una sutil resurrección de la antiquísima y negadísima teoría clásica de la causa, con la única diferencia de que ahora se habla ya no do causa de la obligación como elemento del contrato, sino de causa del negocio jurídico.

A este respecto, Ferri[638] expresaría: "En el Code Napoleón y en el Código Civil italiano de 1865, la causa se cuenta entre los elementos esenciales del contrato, entendida como causa de la obligación... Superado el modelo del contrato obligatorio, luego de la **espiritualización** de la *traditio* en el consenso –es decir, afirmada la idea de la eficacia traslativa del simple consenso- se sostiene, de igual manera, la idea del negocio como expresión de una regulación de intereses unitariamente entendida, y más allá, por lo tanto, de las prestaciones individuales y específicas, o de las obligaciones que caracterizan el contenido concreto de dicha regulación de intereses. Es así como la causa se transforma, de **causa de la obligación** en causa **del contrato**. Con este nuevo papel, es adoptatada por el Código Civil italiano vigente, entre los requisitos del contrato (art. 1325.)"

De otra parte, la función del negocio está en proporcionar al individuo un instrumento para la modificación de una determinada situación y para la obtención de determinados resultados jurídicos, residiendo en dicha función la causa, en sentido objetivo, del negocio;

637 MESSINEO, 1954, pp. 369 y ss.

638 FERRI, 2001, pp. 223-224.

la cual, después de todo, sirve para individualizar el determinado tipo de negocio frente a todos los otros tipos, vale decir que la causa cumple un papel básicamente tipificador, aunque este rol sea atributo de la función del negocio en la sociedad y no de la teoría de la causa función económico social.

Por su parte, Mosset[639] postula que la causa, dentro de este esquema que concibe la función económico social que el contrato cumple, consiste en la modificación de una situación existente que el derecho objetivo considera importante para sus propias finalidades, como, por ejemplo, en la compraventa, la causa es la transferencia de la propiedad de una cosa, contra la entrega de un precio.

Este autor plantea que Betti es un causalista ortodoxo, por seguir los lineamientos clásicos de distinción entre causa y motivo (causa del Código Civil 1942), ya que su teoría considera que la causa es constante e inmutable en cada tipo de contrato, independiente de la voluntad de los contratantes. La causa es asumida como el fin práctico del negocio, razón económico-jurídica, o función que caracteriza al negocio.

En efecto, Betti considera que "…por la función económico-social y típica del negocio, la cual, en cuanto querida por las partes, constitutye para ellas su fin práctico normal… la causa determina, de manera unívoca, la estructura del negocio en el cual ella se evidencia. La causa se identifica, en definitiva, con el tipo de negocio mismo."[640]

Por su lado, Cifuentes considera que Beti[641] cree que una vez investigados dentro del negocio la forma y el contenido -el cómo y el qué cosa- debe investigarse su función -el porqué- o sea, la causa

639 MOSSET ITURRASPE, 1961, pp. 268-9.

640 BETTI, 2001.

641 CIFUENTES, 1986, p. 187 y ss.

o la razón del negocio. De esta manera, quien promete, dispone, renuncia, acepta, no tiende simplemente a obligarse, despojarse de un bien, transmitirlo, adquirirlo sin otro fin, sino que quiere alcanzar una de las finalidades prácticas típicas que rigen la circulación de los bienes y la prestación de servicios: obtener un equivalente, cambiar un bien o servicio por otro, dar crédito, donar, cumplir, transigir un litigio, etc.

De esta forma, para Ourliac y De Malafosse[642], Betti cree que el ordenamiento concede a los particulares poderes jurídicos reconocidos (derechos subjetivos) y una esfera de actuación de su autonomía de la voluntad, la misma que viene limitada por consideraciones teleológicas y de solidaridad que le impiden un ejercicio antisocial de facultades y que marquen al ejercicio (del derecho o de la autonomía) una destinación lo suficientemente concreta para garantizar el respeto a los intereses ajenos y lo suficientemenle flexible para que no ahogue la iniciativa privada dentro de cauces absolutamente predeterminados.

En este aspecto se destacan dos ideas básicas: la tipicidad y la acción objetiva. El negocio jurídico no es una facultad emanada de una voluntad jurídica, sino un poder concedido al sujeto por el ordenamiento que delega en aquél la facultad de dictar mandatos vinculantes respecto de situaciones subjetivas. Este poder viene limitado: subjetivamente por presupuestos (capacidad, idoneidad, legitimación), y objetivamente por una justificación objetiva, razón intrínseca en cuya virtud se aprecia un interés social (causa del negocio jurídico), *causa iuris.*

En el proceso de categorización tipificadora el derecho prescinde de aspectos peculiares de cada caso, elevando una teoría

642 OURLIAC y DE MALAFOSSE, 1960, pp. 302 y ss.

de lo que en un grupo de ellos es común y fundamental (tipo) y si es normal, continuo, de posible repetición, y previsible funcionamiento, constituye causa en sentido técnico jurídico. Se superan conceptos "atomísticos o individualistas" que reducen la causa a un elemento más del negocio jurídico: la causa es algo más que la causa de la obligación o la causa de la atribución.

Por ello es que Betti cree que la causa o razón del negocio es la función económico social de éste, considerado en su totalidad y que ha merecido recibir el amparo de la tutela jurídica, es el negocio mismo en la síntesis de sus elementos esenciales como totalidad y unidad funcional a que se encamina la autonomía privada. La causa es la función de interés social que se reconoce a la autonomía privada, donde los elementos del negocio jurídico son elementos de la función que le es característica, todos esos elementos están incluidos en la causa.

De esta forma, la causa, desde la perspectiva de Betti, constituye uno de los límites a la autonomía privada, en la medida en que "no todos los actos de la autonomía privada merecen la calificación de negocios jurídicos, sino solamente aquellos que tengan una causa, esto es, una función socialmente relevante y por ello mismo considerada mercedora de la tutela legal... la causa es uno de los límites de la autonomía privada, viniendo después el límite de la licitud también aplicable a la causa."[643]

Como, podemos ver, esta teoría objetiva impone una nueva limitación a la autonomía de la voluntad, en el entendido de que pueden existir situaciones ilícitas pero socialmente irrelevantes y por ende no merecedoras de tutela legal. Más adelante veremos, que esta nueva limitación resulta ser superflua porque basta con el requisito de

643 TABOADA, 1996, p. 289.

la licitud ententido en su ancha significación, para invalidar negocios que socialmente no respondan a las características que la sociedad reclama de cada tipo contractual, sin necesidad de recurrir a la teoría de la causa función económico social que, para estos efectos, resulta ser super-erogatoria.

Ahora bien, debemos entender también la integridad de la concepción de Betti sobre la función económico-social que parte del efecto vinculante de la conciencia social antes que de la valoración jurídica, así refiere Taboada: "en materia de negocios jurídicos y por ende de causas o funciones económico sociales lo primero (sic), antes que la valoración del derecho, es lo considerado ya vinculante por la conciencia social, ya que el derecho no hace sino recoger algunas de dichas manifestaciones y elevarlas a las categorías de actos negociales. Esto explica sobremanera, porque (sic) la causa para Betti es la función económico social y no la función jurídica o la función típica y abstracta del negocio jurídico. Si la causa fuera para Betti únicamente la función jurídica, el punto de partida de su construcción sería la del negocio jurídico como simple supuesto de hecho, sin contenido preceptivo. Partiendo del contenido preceptivo, Betti llega pues a entender la causa como una noción eminentemente social"[644]; y luego continúa diciendo: "si aceptamos la premisa que el negocio jurídico es un supuesto de hecho que contiene una o más declaraciones de voluntad que producen efectos jurídicos, no nos queda otro camino que señalar que su causa, dentro de la concepción objetiva, sea su función jurídica o la finalidad típica y abstracta, siempre idéntica en todos los contratos de una misma categoría o tipo. Por el contrario, cuando se señala que el negocio existe en la vida social con independencia de su reconocimiento jurídico, es necesario e imprescindible admitir que su causa es su función económico

644 TABOADA, 1996, p. 292.

social, pues el negocio como tal tiene una siempre, aun antes de su reconocimiento jurídico, porque toda autorreglamentación de intereses es siempre establecida en vista de una finalidad práctico social o función económico social."[645]

A este respecto conviene precisar algunas situaciones. Si Betti considera que la causa es la función económico-social, que a su vez constituye el fundamento de validez del negocio jurídico, aún antes de su positivización, en mérito al efecto vinculante prodigado por la conciencia social, estaríamos frente a una concepción del negocio jurídico que se aparta ya del supuesto de hecho, dirigiendo su mirilla a la determinación de que la juridicidad dimana de factores anteriores a la positividad, por lo cual, la misma positividad no sería sino una suerte de reconocimiento de la juridicidad anterior y no una constitución de juridicidad de los efectos. Con ello no se estaría sino negando la concepción del negocio jurídico, que, como se recordará de la lectura del capítulo pertinente, habíamos concluido que el supuesto jurídico es un hecho planteado anteladamente por el orden jurídico, de donde la positivización ejerce un carácter constitutivo, vinculante y validante de juridicidad: el negocio no será jurídico si no está constituido legalmente como tal.

Sin embargo, para Betti, la positivización no será la clave del otorgamiento de juridicidad, sino una suerte de reconocimiento de juridicidad, la misma que no procede de la voluntad privada, sino de la conciencia social que hace vinculante al negocio antes de su reconocimiento legal, y que tal conciencia social se interpreta en el sentido de que constituye la causa económico social que otorga mérito jurídico a tal acto.

645 TABOADA, 1996, pp. 293.

De esta forma, podríamos distinguir las teorías de la función económico social y las de la función jurídica, por cuanto mientras en las primeras la causa radica en la obligatoriedad vinculante en mérito a la conciencia social, en la segunda concepción la función jurídica resultaría como fruto de la concepción normativa del hecho independienternente de toda consideración social previa.

Pero no por ello Betti rechaza la noción del supuesto de hecho del negocio jurídico, sino que lo asume con características especiales. Veamos ahora la noción de Betti con respecto a la autonomía de la voluntad, para ir completando sus nociones: "Betti inicia su exposición -comenta Taboada- en relación a su noción de causa, indicándonos que: El contenido del negocio, como se ha dicho, es no ya una voluntad cualquiera, vacía e incolora, sino un precepto de la autonomía privada con el que las partes proveen a regular intereses propios en las relaciones entre ellas o con terceros, en vista de fines prácticos de carácter típico, socialmente ponderables por virtud de su constancia y normalidad. Quien promete, dispone, renuncia, acepta, no tiende pura y simplemente a obligarse, despojarse de un bien, transmitirlo, adquirirlo, sin otro fin, no pretende hacer todo ello por el solo placer (sic) de realizar un acto que es el fin en sí mismo, sino que mira siempre a alcanzar una de las finalidades prácticas típicas que rigen la circulación de los bienes y la prestación de los servicios en la vida de relación: obtener un equivalente, cambiar un bien o servicio por otro, dar crédito, donar, cumplir una obligación precedente, acallar una pretensión, transigir un litigio, etc., en todo negocio, analizado su contenido, se puede lógicamente distingir una reglamentación de intereses en las relaciones privadas, es decir, el contenido preceptivo, y concretada en ella, cuando, como es normal,

no haya sido separada, una razón práctica típica inmanente a ella, una causa, un interés a que aquella responde."[646]

De esta forma, comprendemos que el contenido preceptivo del negocio jurídico que Betti cree encontrar en la función económico social, con carácter vinculante en mérito a la conciencia social, aún antes de su receptación positiva, se niega con esta otra nota en la que Betti asocia tal función económico social al fin práctico típico, vale decir, a una función predeterminada, normativizada, que la ley ha recogido del espectro societal y ha concedido por su fuerza legal un carácter vinculante. De suerte tal que la función económico social se reconduce a un tipo legal preestablecido y previsto con antelación a modo de moldes, tipos o modelos que los agentes contractuales utilizan para la satisfacción de sus intereses.

Por otra parte, "en esta común concepción se comprende que, - según refiere Rubino- en los negocios típicos, la objetivación, dada preventivamente por la ley, de una función práctica en un esquema negocial, hace adquirir a la causa un aspecto eminentemente formal. Si la misma naturaleza económico-social de la relación determina su reconocimiento legislativo y hay que considerarla junto con las figuras contractuales disciplinarias por el Derecho positivo el interés se desvía hacia los requisitos esenciales del negocio, los cuales, al ser impuestos por la ley, asumen un carácter eminentemente jurídico, en que queda absorbido el elemento económico-social."[647]

De esta esclarecedora cita de Rubino se comprende que la tan aludida causa entendida como función económico social fundante de la validez del negocio, aún con anterioridad a la positivización en mérito a la constancia y normalidad de la causa valorada por la conciencia social, no es más que un precepto jurídico que constituye

646 TABOADA, 1996, pp. 294-295.

647 RUBINO, 1953, p. 107.

un fin práctico de carácter típico, cuya tipicidad deriva del orden legal, de su receptación positiva, de su normativización previa, de modo que no existirían fines típicos si no habrían moldes legales, por lo cual la función económico social queda refundida en la formalidad de la función jurídica, vale decir, en el fondo se trata de un concepto legalista y positivista y no un criterio eminentemente social, como desesperada e infructuosamente se pretende demostrar.

Ahora bien, una vez que hemos demostrado que la función económico social no es más que un precepto jurídico a modo de fin práctico típico, y por ende legal y positivo, debemos señalar también que la concepción de Betti acepta no solamente un aspecto objetivo de la causa, sino también un criterio subjetivo de la misma. "En tal sentido, el mencionado autor, sobre este punto nos dice: 'La voluntad de las partes no se limita sólo a la atribución patrimonial, puesto que esta (sic) no es el fin en sí misma, sino que abraza también el interés determinante y en la realidad no es concebible desnuda e incolora, privada de este interés, el cual luego: atendiendo a su constancia y normalidad (y con respecto a su legitimidad) se identifica con la causa del negocio, considerada bajo el aspecto subjetivo'.

Esta última afirmación constituye también otro gran aporte a la moderna concepción de la causa, desde un punto de vista unitario, pues se entiende que la causa es un sólo (sic) elemento del negocio, pero que tiene un doble aspecto: uno objetivo y otro subjetivo. Aspecto subjetivo que no contradice ni niega la existencia del aspecto objetivo de la causa. Betti nos habla pues del *aspecto subjetivo de la causa*. Este aspecto subjetivo se ha definido modernamente... como la intención práctica típica, o el propósito práctico, o como la causa concreta."[648]

---

648 TABOADA, 1996, p. 297.

Posteriormente, sobre la faz subjetiva de la causa, se menciona: "En otras pabras, Betti identifica el aspecto subjetivo de la causa con la razón determinante normal de la voluntad que establece el precepto negocial. Ahondando en este aspecto Betti nos dice también que: 'El derecho, y ya antes que él la conciencia social, aprueba y protege la autonomía privada, no en cuanto sigue el capricho momentáneo, sino en cuanto procura un típico intererés en el cambio del estado de hecho y se dirige a funciones sociales dignas de tutela. Puesto que, por ejemplo, es bueno proteger las compras, los arrendamientos en general, el derecho, siguiendo las vías de la conciencia social, protege las singulares compras y arrendamientos, cualquiera pueda ser el motivo individual que concretamente induce a concluirlas, salvo que su ilicitud represente un abuso del negocio contrario a su destino. La función de cambio que es causa de la compra o del arrendamiento justifica la protección social y jurídica otorgada a la voluntad individual que en el caso específico se dirige hacia aquella causa. Mientras que las circunstancias concomitantes serían algo que permanece fuera, la causa, en cambio, se convierte en el interés determinante de la misma voluntad, en suma, un elemento del mismo proceso volitivo, el elemento principal y normal'. Nótese que para Betti la causa es siempre la razón justificadora de la protección social y jurídica del negocio jurídica (sic), justamente porque identifica la causa con la función económico social y no con la función jurídica."[649]

Como se podrá observar, la causa entendida desde una faceta eminentemente subjetiva, no es otra cosa que la consideración subjetiva de la causa objetiva, es decir la representación mental del fin práctico típico, legal y normativizado. De suerte tal, que la motivación no tendrá ningún efecto, mas sí la consideración mental de la causa objetiva, que es la causa objetiva misma. De esta forma, ambos

649 TABOADA, 1996, p. 300.

aspectos, subjetivo y objetivo, desembocan en la misma concepción objetiva de la causa entendida como la función económico social del negocio. De allí que no es muy novedosa su teoría cuando, como lo hizo otrora Scialoja, su consideración sincrética de la causa no conduce sino a la misma faz objetiva de la causa, y Betti define esta causa objetiva así: "La causa o razón del negocio se identifica con la función económico social del negocio entero, considerado, con independencia de la tutela jurídica, en la sítesis de sus elementos esenciales."[650]

Ahora bien, si la causa subjetiva coincide con la causa objetiva, y ésta a su vez constituye la síntesis de sus elementos esenciales, entonces estamos hablando de que la causa no es sino el negocio mismo en su cabalidad e integridad, es decir la síntesis de todos sus elementos esenciales, por lo cual resulta tautológico decir que la causa típica función económico social (que es el tipo mismo, es decir, el negocio mismo) es un elemento del negocio: vale decir, no podemos afirmar que el negocio sea un elemento de sí mismo, a no ser que se trate de un misterio divino incomprensible para la razón humana y sólo aprehensible mediante la virtud teologal de la fe, tal cual misterio de la santísima trinidad.

De esta manera, una vez comprendido que la función económico-social queda absorbida por la función jurídica por tratarse de fines prácticos típicos, se asume que el aspecto subjetivo no es sino la consideración misma del aspecto objetivo, de modo que la única relevancia dentro del negocio lo constituye la causa objetiva, pero ésta misma representa la síntesis de los elementos esenciales del negocio, es decir, que la causa no es sino el mismo negocio jurídico, *ergo* resulta falso hacer del concepto una parte de la misma definición.

650 TABOADA, 1996, pp. 300-301.

De otra parte, Betti no sólo se refiere a los negocios jurídicos típicamente reconocidos por los moldes legales, sino que alude a los negocios atípicos a los que les arrima la noción de tipicidad social: "Betti nos está diciendo que además de los negocios jurídicos tipificados legalmente, hay que dar paso a la categoría de los negocios tipificados socialmente, en vista de una causa, es decir, una función social trascendente, constante, aprobada ya por la conciencia social. Dicho en otros términos, la tipicidad, en opinión de Betti no sería obra exclusiva del ordenamiento jurídico a través de los tipos legales, entendidos como moldes o esquemas establecidos por las normas jurídicas, sino también a través de los tipos establecidos por la conciencia social en vista a una causa, que responda a una exigencia práctica legítima, a un interés social duradero."[651]

Pero este interés social duradero que constituye la causa del negocio atípico, esta exigencia práctica legítima que constituye el tipo social, validante del negocio atípico legalmente, es una circunstancia abierta a la valoración no sólo de la sociedad sino del operador jurídico que determinará si tal o cual operación es o no socialmente relevante, y a partir de lo cual, esta pretendida tipicidad social pasará a convertirse en tipicidad legal -o jurídica si se quiere- con el consecuente reconocimiento del carácter jurídico del negocio atípico legalmente pero "típico socialmente". A fin de cuentas, este precepto social debe ser valorado antes de reconocer vinculatoriedad a los efectos dimanados del negocio en questión.

Por su parte, Betti continuando con su idea sobre la tipicidad de las causas en el derecho moderno, afirma que: "Una estimación semejante presupone necesariamente, como toda valoración general y abstracta propia de las normas jurídicas, una configuración por tipos, una tipificación lógicamente antecedente a la conclusión

651 TABOADA, 1996, p. 308.

del negocio. Es decir, no se debe tratar de intereses meramente individuates, contingentes, variables, contradictorios, socialmente imponderables. Deben ser, por el contrario, exigencias constantes, normales, clacificables por tipos, intereses que puedan resumirse en tipos generales, y en sentido típicos (por ejemplo, cambio de bienes o servicios, cooperación, gestión de negocios, crédito, composición beneficencia etc.)" (sic).

Si se observa bien la afirmación del autor, no afirma en modo alguno que en el derecho moderno, deban existir únicamente negocios jurídicos típicos, en el sentido de estar sus esquemas formales (forma intrínseca) taxativamente predeterminados por el derecho positivo, sino que Betti se refiere muy claramente a tipos sociales, es decir, esquemas genéricos tales como los mencionados por el mismo en su texto: cambio de bienes o servicios, cooperación, gestión de negocios, crédito, composición beneficencia, etc...

Continuando con la exposición de su idea sobre la tipicidad de los negocios jurídicos, nos dice luego que: 'En el puesto de la rígida tipicidad legislativa apoyada sobre un número cerrado de denominaciones, subentra otra tipicidad que, cumpliendo siempre la finalidad de limitar y orientar la autonomía privada, es, sin embargo, comparativamente a aquella (sic) bastante más elástica en la configuración de los tipos, en cuanto se opera mediante remisión a la conciencia social, económica o ética y que se podría llamar tipicidad social.'[652]"

Es pues, de esta manera, cómo Betti "no acepta la categoría de los negocios atípicos, sino únicamente la de los tipificados socialmenle, a diferencia de los tipificados legalmente. En los negocios tipificados socialmente, a pesar de no estar regulados por la ley, el negocio

652 TABOAOA, 1996, pp. 309-310.

jurídico existe y la razón de ser de su reconocimiento como tal estriba en tener una función económico social, aprobada ya por la conciencia social y considerada merecedora de tutela por el derecho. Es decir, debe tratarse de manifestaciones de la autonomía privada que correspondan a un interés social duradero, aceptado normalmente y de trascendencia social y por ende clasificables en tipos. Como se prodrá apreciar, la óptica de Betti sobre los contratos tipificados socialmente está basada obviamente en su noción de causa como función económico social reconocida en la síntesis funcional de los elementos esenciales del negocio jurídico, que es una noción social antes que jurídica."[653]

De todo este ampuloso pasaje podemos ir concluyendo que para la mentalidad de Betti no existe atipicidad, sino que lo que se conoce por negocios atípicos normativamente, son considerados desde una perspectiva amplia de un tipo social lo suficientemente abierto como para dar cabida a todas aquellas operaciones que se basen sobre situaciones que sean consideradas dignas de tutela jurídica, vale decir, que la conciencia social es la que brindaría suficiente andamiaje jurídico como para que dichos negocios sean considerados jurídicos. A tal razón de ser fundante; de estas operaciones se le conoce como tipicidad social, por lo cual sería amparable jurídicamente por la ley.

Sin embargo, no nos olvidemos que dicha tipicidad social, por más que se reconduzca a planteamientos sociales validantes de su carácter jurídico antes que toda consideración al aspecto positivo, es menester aclarar que si bien tal tipicidad social no se encuentra dentro del *numerus clausus* del tipo legal normativo, dicho tipo social no será jurídicamente vinculante mientras no exista una valoración jurídica por parte del operador del derecho que determine, en una situación determinada, si dicho asunto es o no socialmente relevante,

653 TABOADA, 1996, p. 313.

dejando en manos de la arbitrariedad de supradicho operador la potestad tipificadora.

De otra parte, Betti también cree en la combinación de varias causas típicas en un único negocio, "mediante la fusión de las mismas en una causa compleja, que absorbe las causas concurrentes subordinando una a otra (predominante), o sin que medie una fusión, a través de la coligación de dos negocios concurrentes, los cuales permanecerán sujetos a sus respectivas regulaciones, en la medida en que la que éstas sean recíprocamente compatibles y que estén coordinadas entre sí, según el criterio interpretativo de la coherencia hermenéutica."[654]

Entonces se entiende que la causa del negocio, entendida como función económico-social digna de tutela jurídica, cumple un rol contralor de la licitud de fines prácticos típicos en el terreno social a los cuales la autonomía privada se orienta más frecuentemente. La causa se encarga de controlar la licitud de tales **fines prácticos** según la apreciación que la conciencia social suele tener de ellos, evaluando además cuán oportuno es revestir con su reconocimiento las estructuras de intereses correspondientes. En tal sentido Betti considera que la causa no puede ser ilícita si se la reconoce en sentido "abstracto" por cuanto es un elemento indefectible del contrato, pero la causa puede resultar ilícita entendida en el "negocio concreto", "sólo si es considerada en conexión o en concatenación psicológica con el interés subyacente, que determina la celebración de aquél, o sea, con el **fin práctico inmediato que las partes persiguen en concreto**, un fin que inviste y colorea la causa, y que –cuando es ilícito- adquiere relevancia jurídica, transiere a ella, y vierte sobre

654 Betti, Emilio, 2001, p. 48.

ella, su licitud (arts. 1343-134 C.C.[655]). **La causa no puede devenir ilícita en abstracto, sino solamente 'en su actuación concreta**', **tal como enseñan la experiencia y la diagnosis más frecuente de los contratos nominados viciados de causa ilícita**. En este aspecto, es especialmente instructiva la diagnois del negocio realizado in *fraudem legis*."[656]

Esta cita es sumamente esclarecedora por cuanto Betti reconoce que la noción de causa jamás puede ser ilícita porque es el tipo mismo contractual, la misma estructura típica del negocio en su función económico-social. Es así que Betti hecha mano de los fines prácticos, de los motivos de las partes, los que –según el C.C.- pueden contrariar normas de orden público o las buenas costumbres. Esta es una prueba más de la falsedad e inutilidad del concepto de causa entendido como función económico-social, ya que el mismo Betti tiene la necesidad de abrir una ventana a su fundamentación para dar cabida a la noción subjetiva de causa entendida como los fines prácticos de las partes, a efecto de explicar la ilicitud de determinados negocios como el fraude creditorio.

En cuanto a la figura del fraude al acreedor, Betti discurre pensando que la relación acreedor-deudor que queda lesionada con el fraude, preexiste a la figura del fraude, pero también se da la situación en que la ilicitud del acto fraudulento surge antes del nacimiento del crédito. Asimismo, piensa en otras figuras similares como la simulación, o las más variadas formas de "abuso" del negocio jurídico, "a través de las cuales, este instrumento de la autonomía privada es desviado de su objetivo, para pasar a servir a fines ilícitos,

655 **Art. 1343 del C.C. italiano de 1942**: "Causa ilícita: la causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden publico a las buenas costumbres".
Art. 1344: "Contrato en fraude a la ley: se reputa ilícita la causa, además, cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa."

656 Betti, 2001, pp. 61-2. El subrayado es nuestro.

o antisociales en general, en mayor o menor medida constrastantes con la función típica a la cual ellos, de por sí están destinados.

Una figura particular de negocio en daño de terceros está prevista por la Ley N. 1369 del 23 de octubre e 1960, que establece la prohibición de la intermediación e interposición de persona en las prestaciones de trabajo. En dicha ley se dispone que los trabajores tomados con violación de las prohibiciones de la ley son considerados, para todos los efectos, como dependientes del empresario que hubiere utilizado, efectivamente, las prestaciones de los mismos."[657]

Estas explicaciones de actos antisociales e ilícitos no hacen sino confirmar nuestro aserto inicial en el sentido de que la teoría de la función económico social digna de tutela jurídica típica no es más que una sublime abstracción que no puede superar los más simples problemas que la realidad le plantea cuando existen figuras ilícitas como fraude, simulación, abuso el derecho, etc., ante las cuales la misma función económico-social resulta inútil y vacua, teniendo que referirse a los fines prácticos de las partes, los que, en teoría, no forman parte de la causa-función.

Asimismo, el mismo cuerpo de leyes que son referidos por Betti, cuales son los artículos 1343 y 1344 del C.C., forman parte de la sección II del capítulo II, título II, referidos a la causa del contrato. En tal manojo de normas, también existe el artículo 1345 del C.C. referido al motivo ilícito que dice: "el contrato es ilícito cuando las partes son determinadas a celebrarlo exclusivamente por un motivo ilícito que ambas tengas en común."

Con este aserto, se comprende cuán inútil resulta la teoría de la causa como función económico social al ser incapaz de explicar por sí misma cómo la causa del contrato puede ser ilícita, sin necesidad

657 Betti, 2001, pp. 63-4.

de recurrir a los motivos de las partes, los que constituyen el aspecto subjetivo del negocio. Betti lo aservera claramente, la causa jamás puede ser ilícita porque es la estructura misma del negocio, el tipo mismo. Es por eso que tiene que recurrir a otros elementos motivacionales para no desquiciar o negar su propia teoría.[658]

En conclusión, podemos manifestar algunas situaciones con respecto a la causa función económico-social. Hemos visto que dicha causa constituye una suerte de prolongación de la difunta causa clásica, con la diferencia de que ahora no se alude a la causa de la obligación o de la atribución, sino que se asume la causa del negocio jurídico *in totum*.

Betti considera al negocio jurídico, como supuesto de hecho pero con sus notas peculiares, por medio de las cuales se cree que la conciencia social será la que brinde carácter vinculante al negocio aún antes de su receptación positiva. Sin embargo, en riguroso análisis, esto no concuerda con su teoría que ve en la función económico-social un fin práctico típico, vale decir, que la tipicidad normativa brinda juridicidad a tales conductas sociales en forma anticipada.

Además, en lo que concierne al aspecto objetivo y subjetivo de la causa, vemos que ambos desembocan en la causa objetiva, que es concebida como la síntesis racional de los elementos esenciales del negocio, vale decir, estamos refiriéndonos al negocio mismo.

De otra parte, tampoco participamos del criterio que concibe a la causa como una circunstancia limitadora de la autonomía de la voluntad, ya que basta con la licitud para comprobar si el negocio respeta o no los cánones legales, sociales y éticos que una sociedad

658 Más adelante se verá cómo Scognamiglio manifiesta que la teoría de la función económico social es incoherente con los fines practices de las partes. Cfr. SCOGNAMIGLIO, 2001, p. 168.

persigue, predicar lo contrario es hacer de la causa un elemento super- erogatorio.

Asimismo, el mismo Betti comprende muy bien la inutilidad y falsedad de la teoría de la causa como función económico-social, cuando recurre a los fines prácticos de las partes a fin de explicar figuras ilícitas como el fraude, la simulación, el abuso del derecho, etc., con el fin de explicar la noción de causa ilícita, la misma que no tiene nada que ver con la causa función típica sino con los motivos individuales de las partes, los mismos que, en teoría, no forman parte de la noción de la causa entendida como función económico-social digna de tutela jurídica.

Finalmente, se comprende también con bastante facilidad que si la tipicidad legal está constituida en sí por la consideración normativa del tipo práctico contenido en el *numerus clausus* normológico; así también la tipicidad social se reconduce a la valoración por parte del operador del derecho, encargado de determinar cuándo una operación es o no jurídicamente relevante.

Veamos ahora, con más amplitud cuál es el desarrollo posterior a Betti de teoría de la causa como función económico social.

3.6. Evolucion ulterior de la teoría de la causa como función económico-social del negocio jurídico

Después de tener una noción cabal del pensamiento de Betti con respecto a la causa como función económico-social, veamos ahora cuál fue el desarrollo teórico posterior a su concepción en base a los planteamientos doctrinarios de algunos autores como Passarelli, Trabuchi, Messineo, Galgano, Rescigno, entre otros.

Por su parte, Taboada realiza una síntesis bastante clara que nos puede ayudar a comprender la evolución doctrinaria descrita, con sus

virajes y matices. De ahí que Passarelli[659] considera a la causa sólo en su aspecto objetivo, en desmedro del subjetivo (a diferencia de Betti y Scialoja), manifestando que constituye un elemento congénito del negocio jurídico. Asimismo Santoro Pasarelli se refiere a la necesidad de que los negocios tengan fines socialmente oportunos y por ende merecedores de tutela legal; mas no alude al concepto de ulilidad social, o al interés social, de trascendencia o relevancia social, o al interés social, o a la función del negocio aprobada por la conciencia social, etc. Asimismo dicha función socialmente oportuna responde a las necesidades del ambiente y del momento.

De otro lado, el mencionado autor no habla de la tipicidad legal o social, como lo hacía Betti, sino que señala que los negocios jurídicos pueden ser consencuencia de esquemas legales específicos en relación a funciones determinadas, o en forma genérica en relación a toda una gama de funciones posibles, siempre y cuando se refiera a una función socialmente oportuna. De esta forma los negocios nominados tendrían una causa o función típica y los innominados tendrían una causa o función genérica.

De esta manera, para Passarelli la causa del negocio es la razón social justificadora del reconocimiento jurídico, que es la función socialmente oportuna y considerada merecedora de la tutela legal; y es socialmente oportuna por responder a las necesidades efectivas del ambiente y del momento.

Por otra parte, Trabucchi[660] posee un concepto de causa, a diferencia de Betti y a semejanza de Passarelli, que no se basa en la utilidad o en la trascendencia social, sino en la *colaboración social*, entendida como un mínimo de sociabilidad, en donde la causa es concebida como la *función socialmente apreciable.*

659 TABOADA, 1996, pp. 315-321.

660 TABOADA, 1996, pp. 320-321.

De otro lado, veamos ahora los aspectos que proporciona Messineo con respecto a su teoría de la causa, manifestando que "El legislador ha adoptado decididamente la que suele llamarse *doctrina objetiva de la causa*, reconociendo esta en la *función económico social* que el contrato cumple: y consiste en la *modificación de una situación existente* que el derecho objetivo considera importante *para sus* propias *finalidades*; como tal, la causa es constante e inmutable, sea cual fuere la intención personal de cada una de las partes.

De esto deriva que el contrato *no puede dejar de tener una causa*; esto, ante todo, en el sentido de que estructuralmente y en *abstracto* no se concibe un contrato sin causa, como no se lo concibe sin partes, o sin consentimiento, o sin objeto, o sin forma constitutiva. Pero el enunciado de que el contrato no puede dejar de tener una causa tiene también otro significado, referible al contrato *en concreto*, éste es, en el sentido de que, si las partes lo realizan sin una causa, es decir, desviándolo de su función económico-social, el mismo es improductivo de efectos, porque va dirigido a una finalidad distinta de la que admite el ordenamiento jurídico.

Esto se dice, no en el sentido psicológico (según el cual, la causa, en sentido subjetivo, como motivo último, no puede faltar nunca) sino en el sentido, más propio, de que el ordenamiento jurídico no deja subsistir ninguna figura de contrato, si no responde a un determinado fin económico social (causa final)."[661]

De esta forma, su concepción se inscribe también dentro de la línea que asume la causa como la razón justificadora del reconocimiento jurídico del negocio, sin embargo, no asume totalmente los planteamientos de Betti.

661 MESSINEO, 1986. p. 109-110.

Posteriormente refiere: "Más aún, como se verá, a cada *grupo* de contratos corresonde un *tipo determinado de causa*, aunque en definitiva cada figura singular de contrato tenga su causa peculiar y concreta que es exclusiva de él.

En los contratos nominados, la causa se toma como elemento jurídico de la figura determinada de contrato, en correspondencia con la *intención empírica de las partes*, que el ordenamiento jurídico reconoce merecedor de tutela como provechoso para el interés de las partes y al mismo tiempo no contrario al interés general y, por tanto, pasa a ser fin del contrato.

Así la causa sirve para *caracterizar el* contrato dado y hacerlo *inconfundible* con todos los otros... El mismo criterio debe aplicarse con respecto a los contratos innominados..."[662]

Como se comprende, Messineo cree en la causa como función económico social, pero difiere de Betti por cuanto considera que esta función debe responder a un interés provechoso para las partes, el mismo que no debe colisionar con el interés general.

Ahora bien, en lo atinente a los contratos atípicos, Messineo piensa que la causa del contrato innominado está fijado o por los usos o por las partes. Si se encuentra fijado por los usos, entonces se trataría de una tipicidad social, y si está fijada por las partes, no habría necesidad de una tipicidad social.[663]

Ahora bien, brevemente veamos la concepción de Francesco Galgano, quien sostiene que la función social como causa del contrato debe responder a la protección de los contratantes, especialmente del más débil, ya que es una función socialmente digna, basada en la protección de la parte contratante más débil y en general en interés

662 MESSINEO, 1996, pp. 113-114.

663 TABOADA, 1996, p. 325.

de los propios contratantes. De esta forma, en cuanto se refiere a los contratos atípicos, cree que cualquier acto de autonomía privada no previsto en un esquema o molde legal, merecerá la calificación de contrato, en la medida que esté orientado al logro de una función socialmente digna, que proteja a ambas partes y fundamentalmente a la parte más débil, como refiere Taboada.[664]

Asimismo, Galgano se aleja de Betti cuando no asume el aspecto subjetivo de la causa, cuando no acepta la tipicidad social para los contratos atípicos o innominados, y cuando tampoco acepta la noción de causa como función económico social del negocio.

De otra parte, en cuanto al pensamiento de Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli y Natoli, estos autores "rechazan el concepto de función económico social de Emilio Betti, y construyen su noción de causa como referida a una función socialmente relevante de acuerdo a la valoración objetiva del ambiente social, en el sentido de no ser fútil, absurda, irracional o sin sentido. En otras palabras deberá tratarse de una función socialmente seria de acuedo a la valoración objetiva del ambiente social, y por ende oportuna y digna de tutela legal."[665]

De la misma forma, Rescigno considera que la causa se trata de una función socialmente digna, de conformidad con la valoración del ambiente social y por ende del ordenamiento jurídico en su totalidad.[666]

De esta forma, vemos cómo los autores posteriores a Betti no siguen al pie de la letra su teoría según la cual la causa es la función económico-social que tiene efecto vinculante por razón de la

664 TABOADA, 1996, pp. 327-328.
665 TABOADA, 1996, p. 332.
666 TABOADA, 1996, p. 334.

conciencia social, aun antes de la receptación positiva, aunque todo ello quede enfrascado en el tipo legal o social, según se desprende del estudio de su propia teoría. Es así que surge toda una gama de planteamientos que asumen la causa desde una perspectiva objetiva,identificándola con la función socialmente oportuna (Passarelli), socialmente apreciable (Trabucchi), provechosa y no contraria al interés general (Messineo), socialmente digna (Galgano), socialmente seria (Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli), que responde a las necesidades del ambiente y el momento, que protege al mas débil de los contratantes y no es contraria al orden jurídico en su totalidad.

"De esta manera, podemos decir, como conclusión final, que a pesar del enorrne prestigio de Emilio Betti, la doctrina italiana posterior a él, no ha aceptado su concepto de función económico social como función socialmente útil, por considerarla limitativa en exceso de la autonomía privada y por entender que con dicha noción se estaba imponiendo a los particulares la persecución de fines o funciones que respondan a un interés social o público (sic). Por ello se ha construido de manera paulatina y progresiva por los mismos autores italianos un nuevo concepto de función social, en el sentido de función socialmente digna y merecedora de la tutela legal."[667]

Sin embargo, este pretendido nuevo concepto que se presume supera al de Betti por considerarlo limitativo de la autonomía privada, cae nuevamente en una estructura doctrinal muy parecida a la del autor primigenio. Y es que, ya sea que se asuma la causa como una función socialmenle relevante, en base a criterios de conciencia social, bajo el título de función económico-social, se tratará de lo mismo cuando, mediando ciertos *aggiomamentos*, *se* diga que tal causa no es sino la función socialmente digna, seria, provechosa,

667 TABOADA, 1996, p. 337.

oportuna, apreciable, etc. En realidad, se llega al punto en el cual la función social es recogida por diversas canteras doctrinarias, y rotulada de diferente manera. Todas ellas descienden del mismo tronco común y no hacen sino interpretar muy sutilmente la misma realidad. En verdad no se trata sino de la causa objetiva, de la función social del negocio jurídico que, con ciertos matices, no representa sino -como lo decía Rubino[668] anteriormente- una subsunción de esta función social a la función jurídica, por cuanto la consideración normológica será la que brinde andamiaje suficiente para la tutela legal de la operación, por lo cual la *voluntas legis* será la que ejerza su labor contralora.

Es por ello que, al criticar la posición de Betti, como lo haremos en seguida, estaremos también comentando toda la pléyade de teorías que directa o tangencialmente tienen que ver con esta postura objetiva. No nos dejemos engañar por este cielo de ideas o paraíso de conceptos (Hart), que no hacen sino enmarañar y embrollar esta materia de suyo enrevesada.

3.7. Critica a la teorla de la causa-función económico social:

A. Gorla

Este autor tiene una de las posiciones más duras con respecto a la teoría objetiva de la causa entendida como la función económico-social del negocio. En este sentido, y en evocación de los enjundiosos criterios vertidos en los puntos anteriores, es necesario aclarar que la crítica endilgada a esta teoría, constituye en sí una revisión no sólo de las posturas doctrinarias que hayan rotulado sus concepciones con el epígrafe de "causa función socio-económica" que constituye un análisis a toda una corriente de pensamiento que, independientemente del rótulo empleado, guarece afluentes que

668 RUBINO, 1953, p. 107.

comparten el mismo élan doctrinal de considerar a la causa como la función socialmente relevante, útil, necesaria, digna, seria, oportuna, etc. Vale decir, la evaluación posterior se dirige a toda esta gama de concepciones unificadas bajo la etiqueta de "función económico social."

Por su lado, Gorla cree que la "la teoría de la causa del contrato como función económico-social es el producto más refinado de cierto método (insensible a la historia y al Derecho comparado) de abstracciones nebulosas y de generalizaciones erróneas, cruz y delicia de una parte importante de nuestros doctos del Derecho, de aquellos a los que en la historia del *civil law* se llamó los 'savants.'[669]"

Es pues, esta teoría hiper-abstracta, *sumum* de generalizaciones equivocadas, construidas a espaldas de la historia y la realidad. Es por ello que Gorla, en la obra descrita, señala que la única limitación a la sancionabilidad del contrato en vista del interés público consiste en la ilicitud, es decir, en oposición a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres. " Por lo demás -comenta Gorla-, la función social del contrato (como institución jurídica) se agota en la antes indicada de mantener el orden y la paz social, respondiendo a mismo tiempo a especiales exigencias de seguridad y de justicia entre particulares."[670]

De esta manera, queda corroborado el aserto inicial que sosteníamos con respecto a la importancia de la licitud frente a esta teoría en lo atinente a la función social. Queda claro que todos los negocios desempeñan una función dentro de la sociedad, lo cual no significa hacer de la función social todo un elemento de validez a modo de razón justificante de tutela jurídica del negocio en cuestión.

669 GORLA, 1959, p. 247.

670 GORLA, 1959, pp. 243-244.

Además, esta función social constituye un criterio de análisis conquistado por la humanidad en el devenir histórico, que cubre con su haz socio-económico todo el espectro del Derecho y no sólo el campo de los negocios jurídicos, por ello constituye un elemento que puede sumergirse dentro de la ilicitud, junto a otros como el respeto al orden público, buenas costumbres, normas imperativas, etc., que hacen que la justicia entre los particulares y los criterios de ejercicio de los derechos privados nacidos a partir de ellos, concuerden con las aspiraciones del grupo y no las contravengan.

Sin embargo, creemos que la función social de los negocios, no queda subsumida totalmente dentro de la órbita de la licitud o ilicitud de los mismos, sino que muy bien puede absorber el papel tipificador de aquellas conductas que merecen tutela por parte del órgano jurídico en determinada sociedad y tiempo específico, en íntina concomitancia con la autonomía de la voluntad, sin que por ello signifique que tal función caracterizadora quede insaculada dentro de la concepción de la teoría de la causa como función económico-social, ni tampoco predicar que será la *voluntas legis* la destinada a precisar los únicos cánones por los cuales circule la voluntad contractual, con lo cual queda negado lo que estas teorías consideran verdad para la causa, es decir, reputarla como elemento validante dentro de la estructura esencial del negocio.

Con, ello queremos significar que la función típica del negocio en la sociedad, puede ingresar a la función social del mismo, mas no a la función económico-social de las teorías objetivas, por cuanto tal función típica no constituye elemento validante de tutela jurídica de los contratos. El error de las teorías objetivas consiste en hacer de la función típica del negocio en la sociedad una función social a modo de elemento vinculante y por ende un elemento nuevo validante de su eficacia jurídica.

Ahora bien, la teoría objetiva de la función económico jurídica, aparte de considerar la licitud de un negocio, apila otro criterio herramental constituido precisamente por esa función económico-social que invalida aquellas operaciones que, si bien lícitas, constituyen negocios superfluos o fútiles desde su perspectiva escrutadora, y por ende nulos por ser carentes de causa. "Un contrato -refiere el autor- que se dirija a realizar intereses fútiles, caprichosos, que no representen ningún interés para la sociedad o ninguna 'utilidad social', un contrato 'socialmente fútil o improductivo', no sería digno del reconocimiento jurídico, sino que sería jurídicamente indiferente. La organización del Derecho o de la justicia es costosa para la sociedad y para el Estado: se necesitan dinero y bienes pagar los órganos de la Justicia, para mantener sus edificios, etc.; se necesita, en general, un esfuerzo social para ejercer las funciones de la justicia y del orden. No sería conveniente ni conforme con la dignidad del Derecho y de la Justicia emplear ese esfuerzo en beneficio de negocios fútiles y sin ningún interés para la sociedad. Según esta teoría, no deberían ser jurídicamente reconocidos, por ej. el contrato por el que uno prometa a otro una cantida para que mantenga a su canario favorito, o para que venga a saludar cada manaña al promitente a la puerta de su casa, o el contrato por el que dos personas se obligaran recíprocamente a jugar una patida de golf (con 'intención jurídica') o a respetar a ciertos animales que no ofrecen ningún interés para la sociedad, etc... El negocio o contrato sería nulo (jurídicamente indiferente) en su totalidad; es decir, no solamente en cuanto a la obligación de pagar la cantidad prometida, sino también en cuanto a la *obligación* de mantener el canario, de hacer el saludo matinal, etc."[671]

Por ende, vemos cómo esta teoría de la función socio-económica coarta en demasía la voluntad individual de los contratantes. El

671 GORLA, 1959, pp. 244-245.

derecho no puede negar validez a aquellas operaciones que no resulten dañinas al orden público, a la paz social, a la Justicia que debe reinar entre los particulares, o la seguridad y general, etc. En estos casos reseñados, no se incumplen estos preceptos, son de por sí lícitos, pero según la teoría objetiva en cuestión, serían socialment irrelevantes y por ende nulos por carecer de causa.

Estas conclusiones recogidas por esta teoría nos hacen recordar las totalitarias creencias de un autor (Duguit) cuyo pensamiento contribuyó al nacimiento de tal engendro. Recordemos que tal autor creía que la propiedad no era un derecho sino una función social, y que el hombre no era un fin sino un medio. Es pues, básicamente su teoría inyectada al entramado contractual, que hace preterir todas aquellas actividades que, según la voluntad de la ley y del Estado, resulten superfluas, no serias, no socialmente dignas, ni oportunas, ni relevantes, ni útiles, etc. Con lo cual, comprobamos que dicha teoría se encuentra infestada del virus estatificante de la autonomía de la voluntad, que coarta su libertad y priva su iniciativa.

Además, es pertinente reseñar que el Código Civil italiano de 1942, que sustituó al anterior de 1865, estuvo inficionado de ideas pertenecientes al régimen fascista de Mussolini, ya que se pretendió volcar sobre la nueva ley las ideas que constituían la base del pensamiento político del Duce[672]. Es así que la teoría en debate, se vio planteada dentro de los esquemas legales, en los entresijos del negocio *innominado*, léase artículo 1322 en su segundo parágrafo, que *ad literam* menciona: "Las partes pueden concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con

672 Por su parte Betti, que integró la comisión de juristas encargada de la reforma del Código Civil italiano de 1865, simpatizó con i deas fascistas. Cfr. LEON, Leysser L. (2001) en "Nota del Traductor" en *Teoría General del Negocio Jurídico. 4 Estudios Fundamentales (Betti, Galgano, Scognamiglio, Ferri*. Lima: Ara editores, p. 13.

tal que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico."[673]

A propósito de este numeral, el informe del Ministro de Justicia versó sobre el siguiente discurso: "Con todo, el nuevo Código no constriñe a la autonomía privada a utilizar solamente los tipos de contrato regulados en él, sino que le permite moverse en una órbita más amplia y formar contratos de nuevo tipo, con tal de que el resultado práctico que los sujetos se propongan conseguir esté admitido por la conciencia civil y política, por la economía nacional, por las buenas costumbres y por el orden público (art. 1322, parrafo 2º): en efecto, el orden jurídico no puede conceder protección al mero capricho individual, sino a funciones útiles que tengan relevancia social y que, como tales, merezcan ser protegidas por el derecho. Piénsese, por ej., en un contrato por el que alguno consienta, a cambio de una compensación, en abstenerse de una actividad productiva o en un desarrollo estéril de la propia actividad personal o en una gestión antieconómica o destructiva de un bien sometido a su disposición, sin que exista una razón socialmente plausible, sino sólo para satisfacer el capricho o la vanidad de la otra parte."[674]

De esta forma, podemos comprobar que la principal artillería de esta teoría se enanca, no en la pretendida tipicidad legal -que de por sí cataloga anticipadamente qué negocios jurídicos son socialmente relevantes, ya que el legislador ha sancionado expresamente su función económico social-, sino en la llamada tipicidad social (Betti), o la causa genérica, o los negocios atípicos, o el tipo abierto de los negocios innominados, etc.; circunstancias dentro de las cuales la causa se comporta como esa utilidad social, o la función socialmente relevante, útil, digna, seria, apreciable, oportuna, etc., no superflua

673 MESSINEO, 1954, p. 275.

674 Cfr. GORLA, 1959, p. 245.

ni fútil, en mérito a un criterio social imbricado con la colaboración social, del interés general,- del sentido de protección a la parte más débil, del interés común de los contratantes, o a la conciencia social que avizora en el acto una pauta constante y permanente en el seno societal. Y es justamente en ese tipo de negocios innominados, donde el criterio de la licitud del negocio cumple un rol asaz exitoso que aquel otro que pretende efectuar la función socio-económica.

Nótese asismismo, que en el informe del Ministro de Justicia de Italia, con respecto a su comentario del artículo reseñado, se expresan ciertas pautas que deben guardar aquellos negocios innominados susceptibles de reconocimiento jurídico ulterior, tales como la conciencia civil y política, la economía nacional, las buenas costumbres y el orden público; vale decir, se trata de nociones que pertenecen al ambito de la licitud, con lo cual toda referencia a la teoría objetiva resulta super-erogatoria. Es por ello que Gorla asevera contundentemente: "No creemos, a pesar de ciertas proclamaciones de nuestro Código, que dicho requisito tal como ha sido tratado y ejemplificado sea susceptible de aplicaciones prácticas que lo distingan de la ilicitud del contrato o de la posibilidad de eliminar esta ilicitud en *ciertos* casos especiales, o de otros casos que pueden y deben explicarse sin necesidad de recurrir a dicha teoría."[675]

Veamos enseguida, cuál es el tratamiento de este autor con respecto a los errores históricos y doctrinarios de la teoría en debate.

i) Errores Históricos

Anteriormente habíamos revisado cómo se erigió la teoría de la función económico-social, contando con el apoyo primigenio de Scialoja, quien, a la sazón, era romanista aparte de civilista. "No es improbable -discurre Gorla- que la tipicidad del sistema contractual

675 GORLA, 1959, pp. 246-247.

romano haya ejercido cierta sugestión sobre la doctrina italiana, en la que algunos romanistas eran al mismo tiempo civilistas. En efecto, también esta moderna teoría tiende a relacionar el reconocimiento jurídico más con el 'negocio' (de ciertas cualidades) que con la *conventio o* voluntad de las partes. Pero, como hemos advertido, la tipicidad romana y, en en este sentido, la función económico-social del contrato, venían determinadas por razones históricas distintas de las que inspiran a la moderna teoría de la función económico-social. Tampoco hay que olvidar que en el sistema romano clásico y en las primeras fases de la evolución de otros sistemas jurídicos, la limitación del reconocmiento jurídico a ciertos contratos típicos o de uso común venía determinada no sólo por la tendencia al formalismo procesal (tipos de acción) sino también por la escasez de la fuerza social disponible para mantener la paz y el orden y por la ineficiencia de la organización judicial; con la consiguiente resistencia a ocuparse de las cuestiones privadas o de las cuestiones atípicas, es decir de las que no aparecieran revestidas de ciertos tipos comunes o de cierta forma que sirvieran para hacer fácil y pronta la solución. Facilidad de solución que interesaba en relación con los problemas de la intención jurídica, de la justificación de la condena del deudor, de la interpretación y de la integración de la voluntad de las partes. Pero la existencia, en estos sistemas del contrato formal puro, sentido y practicado en la costumbre, permitía a los particulares utilizar este molde para cualquier negocio, incluso para el más atípico. Sin embargo, tales razones históricas han dejado de actuar en los modernos sistemas jurídicos del *civil law* y por tanto ya no hay razón para mantener la tipicidad ni, en este sentido, la función económico-social (que se concretan en los contratos de uso común en una determinada sociedad)."[676]

676 GORLA, 1959, pp. 247-248.

Con ello podemos entender perfectamente cómo es que las bases conceptuales de la elaboración de la teoría objetiva de la causa y la de la tipicidad de lo contratos romanos, dimana de planteamientos diferentes qua hacen colegir el evidente error histórico que tuvieron los creadores de tal teoría. Como muy bien afirma Gorla, decantando sus aseveraciones, el formalismo romano empuja a la elaboración de contratos típicos: verbis, literis, res y consensuales, en donde los innominados reproducían en cierta forma el esquema de los tipificados, pero respondiendo a la *votuntas legis* para su aceptación jurídica, como se puede comprobar de la lectura del capítulo correspondiente a la herencia del Derecho Romano en este mismo trabajo. Sin embargo, no sólo existía formalismo, sino también insuficiencia de un aparato judicial abarcativo así como escasez de una suficiente fuerza social mantenedora del orden y la paz social. A lo cual habría que añadir, conforme lo reseñamos en el capítulo antedicho, que el sistema romano no dio total andamiento a la autonomía de la voluntad, por cuanto sólo receptó en su regazo a los cuatro clásicos contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad), y poco a poco tal sistema se fue flexibilizando hasta que los principios de la buena fe y el poder creador de la voluntad darían contextura suficiente a los nuevos tipos contractuales, rompiendo de esta manera la fría ortodoxia típica romana.

ii) Errores Doctrinarios

Junto al aserto que indica el error histórico que tiene la teoría objetiva de la función socio-económica, por fundarse sobre bases romanísticas, sin reparar el abismo de diferencias que separan la teoría en entredicho con la concepción típica romana enancada no sólo sobre circunstancias que responden al formalismo aludido, sino también a otras situaciones de política y economía propias de su espacio-tiempo histórico.

Sin embargo, esta errata histórica no es el único desacierto de esta teoría objetiva, sino que existen muchas otras que también es necesario reseñar para sopesarlas a la luz de la dogmática civilista. De su parte, Gorla[677] refiere algunos errores que pasamos a reseñar suscintamente:

1º Existe una confusión originada por la ambigüedad de la expresión "función social", de donde se enreda la función social entendida como utilidad social de un contrato, con la función típica de un contrato en la sociedad. Esta última función típica sirve para determinar el tipo o los caracteres típicos de determinado contrato: por ej., la función típica de la compraventa es el cambio de un bien por dinero. Ahora bien, a esta función típica se le ha llamaddo 'causa'.

De esta forma, esta función típica sirve para resolver problemas diferentes a los concernientes a la causa del negocio como razón justificante de su validez jurídica a partir de su utilidad social. De ahí que, dicha función está llamada a resolver los siguientes problemas:

a) Problemas de tipificación, encuadramiento o clasificación de un caso concreto entre los tipos usuales, con el fin de determinar las normas aplicables o de crear jurisprudencialmente normas aptas para regir estos casos.

b) Problemas relativos al *desacuerdo* entre las partes acerca del contenido típico del contrato.

Es así que "ninguno de estos problemas tiene nada que ver con el requisito de una utilidad social del contrato o de una función social del mismo que sea típica..., como requisito para que tal contrato pueda merecer el reconocimiento jurídico. Tanto es

677 GORLA, 1959, pp. 249-255.

así que muchos de los autores que utilizan el concepto del tipo para resolver aquellos problemas no niegan el reconocimiento jurídico a contratos completamente atípicos o que representan intereses estrictamente individuales."[678]

De esta forma, es como venimos dando corroboración a nuestro planteamiento inicial que predicaba que la expresión "función social", constituía un criterio socio-histórico que no se agota en la legalidad, sino que también participa del abrevadero de la nulidad virtual (respeto al orden público y buenas costumbres) desembocando ambas en el criterio de licitud.

Es así que, como lo sostuvimos anteriormente, la función social del negocio (reflejo de la función social de todo el derecho en general), puede incluir la función típica del negocio o del contrato en el regazo social, sin que por ello signifique la aceptación de las doctrinas objetivas italianas que hacen de esta función típica del negocio un factor de utilidad social vinculante y fundante de la validez del negocio en el espectro contractual. En buen romance, el hecho de incluir la función típica del negocio dentro de la esfera de la función social del negocio, no significa hacer de ésta la causa del negocio ni mucho menos un elemento indispensable en la formación del contrato ante cuya ausencia se predique su nulidad.

Ahora bien, el agudo lector podría replicar que, si es que se ubica tal función tipificadora dentro de la órbita de la función social del negocio, habría una inquietud con respecto al caso de que un negocio no cumpla con encajarse en tal o cual tipo contractual, con lo cual podría sugerirse sutilmente la idea de la presencia del elemento causal a través de las figuras de la causa ausente o falsa. Sin embargo, ya dijimos que la función

678 GORLA, 1959, p. 251.

típica del negocio cumplía un doble rol, por un lado cuadricular los negocios y por otro lado brindar contenido a tales tipos, de forma tal que, ante tal duda sobre el contenido de un negocio o sobre la no identificación de la voluntad con una determinada forma típica, podría resolverse sin aplicar el concepto de la causa (de las posturas italianas), sino atendiendo sólo al contenido del contrato, al elemento del consentimiento, al objeto, a la nulidad virtual, al criterio de la licitud, etc., es decir, echando mano de múltiples elementos que cumplen asaz el cometido tipificador que pretende encorsetarse en la esfera de la teoría objetiva italiana.

2º En un segundo aspecto se habla de la antes referida tipicidad de los contratos, para aludir a otras figuras contractuales como la prestación entendida como compensación de carácter típicamente económico (o como objeto lícito de un cambio económico de bienes y servicios), y otras veces al negocio como típica o normalmente jurídico. Sin embargo, "esta importancia de la tipicidad, entendida así, no significa que el contrato solo por ser típico sea merecedor de la tutela jurídica."[679]

Este aspecto ya lo aludimos en el punto anterior cuando manifestábamos que no se podía confundir la función típica con la función económico-social del negocio a modo de causa del mismo, cosa que sí hacía incorrectamente la teoría objetiva italiana de la causa.

3º En tercer lugar, la teoría objetiva italiana de la causa función económico-social comete el error de tutelar, a través del Derecho, sólo la voluntad o el interés del acreedor y no la voluntad ni el interés del deudor. "Por ello, en definitiva, el requisito de la función social merecedora de tutela jurídica se

679 GORLA, 1959, p. 251.

resuelve en el de un interés del acreedor que merezca dicha tutela."[680]

Lo que ocurre, para esta concepción, es que el título de reconocimiento jurídico o tutela legal radica en el interés del promisario hecho valer cuando en juicio pide la sanción de dicha promesa, al margen de la consideración del interés del promitente.

4º Otro error ligado al anterior es el concerniente a la limitación de un poder ilimitado de la voluntad para crear efectos jurídicos, concomitantes con fines fútiles. Sin embargo, de un buen análisis de las circunstancias, estas restricciones a la autonomía de la voluntad se establecen en interés del promitente y no por razón de una función social del contrato. "El error quizá se hubiera evitado si se hubiese considerado que lo que se limitaba no era el poder de la voluntad para obligarse (o la voluntad de los contratantes 'organizada' en el contrato como unidad orgánica), sino la expectativa o la confianza del acreedor."[681]

Ahora bien, como podemos observar, todos estos errores que se inician desde un yerro histórico, pasando por múltiples aporías con la misma realidad contractual, no hace sino confirmar la ínsita naturaleza de hiper-racionalizaciones, abstracciones y generalizaciones que hacen al negocio jurídico mucho más indigerible y falso. Es así que, con Gorla, pasaremos a analizar aquellos casos prácticos propuestos para comprobar que el uso de otros elementos contractuales puede brindar suficiente cobertura eficaz para eludir esta teoría inútil, de suyo.

680 GORLA, 1959, p. 253.
681 GORLA, 1959, p. 253.

iii) Aplicacciones Prácticas

Huelga decir, como lo habíamos adelantado, que esta teoría en sus planteamientos prácticos no resuelve ninguna situación que no haya sido abocada por otro elemento del negocio jurídico.

Así, la exigencia de un interés del acreedor que sea merecedor de tutela (en lo que propiamente debería consistir la teoría en cuestión) se reduce a la exigencia de una cláusula penal cuando el interés en la prestación no puede valorarse en dinero. De otra parte, los ejemplos de contratos nulos por defecto de función o utilidad social se refieren a casos en los que se trata de contratos socialmente dañosos y por ende ilícitos o prohibidos por la ley (este concepto de "socialmente dañoso" difiere del de contrato socialmente fútil o inútil). Por lo cual, el concepto positivo de contrato "socialmente útil o productivo" queda reducido al *negativo* de contrato "no socialmente dañoso o ilícito."

Este extremo es bien interesante por cuanto el concepto de licitud es el que engloba el accionar de la causa asumida como función socialmente relevante, oportuna, útil, seria, digna, provechosa, etc., de modo tal que la función económico-social queda relegada al cajón del olvido, máxime si comprobamos los casos prácticos que enseguida referimos:

1º En el caso de un acuerdo de empresarios o industriales para monopolizar el mercado o alterar las condiciones económicas del mismo, tal acuerdo será nulo no por la futilidad o improductividad social del contrato, sino por ser socialmente dañoso e ilícito, ya que tal convenio contraría el orden público propio del sistema económico, recayendo por ende en ilicitud, mas allá del concepto de inmoralidad.

Ahora bien, podría darse el caso de que dicho contrato no esté expresamente prohibido por normas legales preconcebidas,

sin embargo, el orden público ingresa a accionar a través de la nulidad virtual, mediante la cual su férula no permite y por ende nulifica cualquier convenio que contravenga condiciones propias de un sistema económico determinado, haciendo ilícita tal convención.

2º Serán nulos, por ilícitos, aquellos contratos por medio de los cuales una persona se obligue, mediando compensación, a abstenerse de una actividad productiva, salvo que existieran especiales limitaciones de tiempo, de espacio y de objeto, y algunas veces de que exista especial interés del promisario.

Asimismo, son nulos los pactos que impongan límites a la actividad personal, *aún no económica*, es decir al desarrollo de la personalidad humana, considerando que tales limitaciones (estables) al desarrollo de la persona, deben ser estudiados desde un concepto elástico que depende de la costumbre y del criterio de ilicitud de la limitación en el seno de una determinada sociedad. "Así, el imponer la obligación de abstenerse de fumar, o de jugar a las cartas aun desinteresadamente, o de practicar ciertos deportes o la caza, etc., no debe normalmente considerarse como una limitación ilícita al desarrollo de la personalidad.)"[682]

De esta manera, podemos comprender que no todos los conceptos de contratos ilícitos serán catalogados de igual forma para todas las sociedades, sino que se tendrá que analizar diversas circunstancias de espacio, tiempo, objeto, legalidad, costumbres, moralidad, etc., con el fin de concluir en la nulidad o validez de tales operaciones.

3º Otro ejemplo muy vinculado al anterior es el referido a aquel contrato por medio del cual una persona, mediando

682 GORLA, 1959, pp. 256-257.

compensación, se obliga a "un desarrollo estéril de su propia actividad personal". Gorla a este respecto cree que "no está claro qué es lo que se entiende por 'desarrollo estéril de la actividad personal'. Mantener un canario, hacer a otro un saludo matinal, jugar una partida de golf, salir de caza o de excursión, asistir a un banquete o a una fiesta, etc., no constituyen *per se* desarrollos estériles de la actividad personal, a *fortiori* si por ello se recibe una compensación (el problema será únicamente el de determinar la sanción de semejantes obligaciones). Llegarán a serlo o, mejor dicho, llegarán a ser limitaciones ilícitas a dicha actividad, cuando por la extensión, por la duración o por la forma en que vinculen a la persona, se resuelvan en limitaciones estables a la actividad personal; especialmente a la actividad económica... Por ej. si se obligase a no hacer nada, a estar todo el día en la ventana, a dedicar toda la vida o gran parte de ella a las diversiones, a los banquetes, etc."[683]

Nuevamente observamos que, para etectos prácticos, la teoría de la causa como función económico-social no contribuye en nada a la solución de los problemas, ya que a través de criterios como el orden público, la licitud, el respeto a la integridad personal, a la libertad personal y al libre desarrollo la personalidad, etc. puede llegarse a resultados plausibles que mantengan el orden social en paz y justicia social.

4º Aquellos contratos por medio de los cuales una persona se obligue, mediante compensación, a una gestión antieconómica o destructora de un bien sometido a su disposición, como las promesas de no enajenar, de no explotar (dejar inculto o inaprovechado) un bien, de destruir o no destruir un edificio, una obra y otros casos semejantes; también estos pactos serán

683 GORLA, 1959, pp. 257-258.

nulos, en general, por ser ilícitos, por lo que Gorla expresa: "estamos de acuerdo en que el abstenerse de enajenar, o de disponer, el destruir el bien, etc. no son hechos ilícitos y quien los promete o espontáneamente los cumple no hace nada que pueda considerarse ilicíto (a diferencia de quien mata o promete un homicidio). Lo ilícito o *contra legem* no es aquel hecho o su promesa, sino el imponer el vínculo, el vincular u obligar a alguno a cumplirlo; y por ello la ley no concede una sanción contra la inobservancia."[684]

En este sentido, los criterios de licitud pueden variar de una circunstancia a otra, incluso de sociedad a sociedad, y es que una obligación con prestación de no hacer, de omitir, o de hacer algo que consista en destruir un bien o una obra, de ser lícito desde ambos puntos de vista, vale decir, desde la perspectiva del acreedor y del deudor, siempre y cuando se determine que no existe violación del orden público ni tampoco existe conculcación de ningún derecho parte del promisario. De forma tal, que los criterios de nulidad que respondan a esta aludida ilicitud, deben pasar por la reflexión de las consideraciones sociales imperantes en un determinado espacio-tiempo histórico definido, en íntima imbricación con el aparato jurídico normativo.

Finalmente, como conclusión general podemos decir que "el concepto de contrato ilícito, o de contrato en principio ilícito y solamente permitido en determinadas circunstancias, era más que suficiente para explicar todos los casos mencionados, sin necesidad de recurrir a una teoría o requisito general de la función económico-social."[685]

684 GORLA, 1959, p. 258.
685 GORLA, 1959, p. 261.

Ahora bien, una vez estudiada la crítica acerba que Gorla dirige contra la teoría de la función económico social, catalogándola de hiper-abstracta, cúmulo de generalizaciones, que al fin resultan inútiles y falsas, es menester precisar el pensamiento de otro grande del Derecho: Messineo, que lo estudiaremos en el siguiente apartado.

B. Messineo

Este autor italiano se aviene de consuno a la crítica endilgada por un grueso sector doctrinario que concibe que la causa asumida como función económico-social es un concepto lábil y proclive a las más etéreas generalizaciones y abstraciones. De ahí que, su pensamiento eclosiona para rivalizar con la presunta legitimidad de estas posturas, expresando que: "Son enunciados exactísimos, pero no concluyentes, porque, cuando se cree identificar la causa del negocio *en un elemento* del mismo (función económica y social), en realidad se identifica *todo* el negocio tomado en sí, por ejemplo, cuando se dice que el contrato de compraventa ejercita la función de provocar el intercambio económico de una cosa contra un precio, no se necesita mucho esfuerzo para darse cuenta de que, de ese modo, se *da la definición* (aunque sumaria) del típico contenido del contrato de compraventa, *visto en su integridad y* no en un elemento. Causa, en este primer sentido, equivale a *noción* concreta, *funcional* (no meramente estructural), *del contenido* de determinado negocio y, como tal, no puede faltar nunca; si faltase la causa, faltaría el negocio *in toto*... Puesto que esto no agrega nada a lo que ya se ha señalado del concepto de deteminado negocio, tal como está dispuesto por el ordenamiento jurídico, el concepto de causa, en este primer sentido, es una superfetación y podría suprimirse sin daño alguno."[686]

686 MESSINEO, 1954, p. 370.

Ahora bien, esta crítica que identifica la causa función económico-social con la definición misma del negocio, vale decir, con la noción concreta del contenido de un determinado negocio, hace superflua toda construcción de esta teoría sobre un concepto que en sí viene enfrascado en el mismo continente, o sea que, no podemos hacer del contenido de un continente un elemento nuevo del mismo contenido porque en realidad se refiere al mismo continente.

Asimismo, podríamos fórmular la misma observación si centramos nuestra atención a aquellas teorías que ven en la causa una función socialmente relevante, seria, oportuna, provechosa, no contraria al interés general, etc., y que represente en cierta forma la conciencia social, el interés general, el sentido de cooperación, la protección a la parte más débil, etc.

Otra conclusión que puede desgajarse de este enjundioso planteamiento, es el referido a que si la identificación causa=negocio, responde a la más auténtica plasmación del mismo contenido contractual de un determinado negocio, sobresale que la licitud o ilicitud de este negocio será un predicado imposible por cuanto no podría concebirse, sin atentar gravemente a la verdad, que un contenido que responda a un enjambre contractual tipificado legalmente, vaya ahora a referir una colisión con esa misma tipicidad por cuanto no podría negar aquello que le ha dado preliminar andamiento, por lo tanto se colige paladinamente la inocuidad de la categoría "ilicitud" en el espectro negocial en tratamiento.

De otra parte, este mismo autor percibe en lontananza otra posible anotación con respecto al engendro super-erogatorio que concita nuestra atención, poniendo en escrito sus comentarios fruto de su sindéresis: "Se puede hablar de causa del negocio en otro sentido: a saber, como *resultado jurídico* objetivo que -al *sujeto*- le es posible conseguir *valiéndose del determinado negocio.*

Pero éste es, poco más o menos, el mismo significado de causa antes examinado; con la sola diferencia de que, en vez de contemplar el negocio en su función total, se toma en examen su resultado objetivo con *referencia a lo que cada participante puede obtener* al servirse del determinado negocio: resultado que es diverso, *según que se considere el uno o el otro de los participantes.* Así, puede decirse que, por la adopción, el adoptante consigue el resultado de tener un hijo (adoptivo) y en el futuro un heredero legítimo, *mientras que* el adoptado consigue el resultado de entrar en una familia con efectos análogos (parentesco denominado civil) a los que derivan de ser hijo, por relación de descendencia. Análogamente puede decirse que, al realizar un arrendamiento, el arrendador consigue el resultado de obtener una utilidad de la cosa arrendada, bajo la forma de *canon* (precio), *mientras* el arrendatario consigue el resultado de obtener el goce *temporal* de una cosa ajena; y se puede decir todavía que, con el testamento, el disponente obtiene el resultado de establecer la suerte de los propios bienes para después de la muerte; etc...

Pero con esto no se ha conseguido una gran cosa de nuevo, puesto que, también aquí, la causa no dice nada que no esté implícito en el concepto que, de cada negocio en concreto, ofrece el ordenamiento jurídico. La causa es aquí una *descripción parcial del contenido* del negocio..." Y luego remata con resepcto a ambas teorías: "Tanto del primero como del segundo significado de causa que hemos expuesto (causa-función y causa-resultado), escapa toda aclaración del 'porqué' el sujeto emite la declaración de voluntad. Y si nos debiésemos limitar a estos dos primeros significados, no podría hablarse, por ejemplo, de causa ilícita, porque la causa, en cuanto establecida por la ley, es siempre lícita por definición."[687]

687 MESSINEO, 1954, pp. 370-371.

Nuevamente nos topamos con una teoría que parece desprendida, en su estructura interna, del contenido prodigado por la teoría de la causa función, rotulado como teoría de la causa resultado porque percibe no la función total del negocio determinado (que dicho sea de paso, coincide con la misma telaraña negocial), sino que disecciona tal función en dos funciones o dos resultados desde la perspectiva de cada parte participante (en negocios plurilaterales, de más de dos partes, tendría que hablarse de más de dos resultados), pero ello no significa sino que -como sucedió con la causa función- se equipara esta nueva causa al contenido mismo del negocio, sólo que desde puntos de vista sumergidos en la valoración del negocio específico.

De esta forma, en opinión de Torres Vásquez tenemos que: "La causa-función se identifica con todo el acto en sí (da una definición del contenido del acto), mientras que la causa-resultado hace una descripción parcial del contenido del acto. En ambos casos la causa no dice nada que no esté implícito en el concepto de cada acto jurídico en concreto; no es un elemento o requisito sino todo el acto o parte de él, no sirve para aclarar el por qué (sic) de la declaración de voluntad. De acuerdo con estos dos significados de causa no se puede hablar de causa ilícita porque, en cuanto establecida por ley, es siempre lícita."[688]

Concordemos que tanto desde la perspectiva de la causa como función como de la causa como resultado, no se puede hablar de causa del negocio como un elemento del mismo, por cuanto estos enunciados no hacen más que reproducir, ya sea global o parcialmente, el contenido de cada tipo negocial, el que tampoco puede llegar a ser ilícito porque la causa, en cuanto establecida por la ley, es siempre lícita por definición.

688 TORRES VASQUEZ, 1992, p. 19.

De esta forma, con una u otra postura doctrinal, llegamos al mismo corolario que pasa por negar valor a la categoría "licitud" de estas teorías, por cuanto siempre el contenido típico será lícito *per se*.

Finalmente una vez aclarado el panorama doctrinario, Messineo ensaya una definición de causa, a la que muy bien pueden achacarse todas las críticas primigenias esbozadas por él mismo para erradicar todo concepto contrario al suyo: "La causa del negocio es, en efecto, su finalidad, en el sentido de que el sujeto, en tanto emplea el negocio, *en cuanto se promete obtener de él un determinado efecto* (que valga para satisfacer una necesidad y un interés suyos); la causa, por tanto, viene a ser *elemento teleológico*, y el negocio aparece en aspecto de *medio*, *en relación a* un fin."

Nuevamente incurrimos en una tautología que pasa por considerar el negocio como medio para alcanzar un fin típico que, obviamente, el mismo negocio contiene. Es decir, se utilizará el continente -negocio- para alcanzar el contenido -al que se puede equiparar con la causa-. De esta forma, tampoco esta noción *nueva* será fruto de una buena escogencia que logre brindar un aparato herramental sólido para desbrozar la maleza percibida, sino que, antes al contrario, se contagia de los mismos vicios que poseen las *demás* posturas criticadas y presuntamente superadas.

C. Scognamiglio

Este autor manifiesta una rotunda crítica al sistema causal ya sea visto desde el punto de vista subjetivo del motivo, o desde el objetivo.

Si según la teoría subjetiva de la causa, ésta deba identificarse con el fin práctico al que se dirige la voluntad negocial, fin que viene a ser el motivo más próximo o el último. En este sentido piensa que la causa entendida como función económico-social no es coherente con la teoría subjetiva del fin práctico o motivo último porque

contraría su esencia. De otra forma, aún viendo los motivos de las partes como aquellos fines únicos y constantes, repetibles para todos los negocios de un mismo tipo, no se estaría sino identificando el aspecto psicológico motivacional con el elemento objetivo de la función del acto, haciendo de ambos un mismo concepto.[689]

En este sentido Betti, como vismo *ut supra*, trató de manifestar que la causa vista en sentido *abstracto* jamás podrá ser ilícita, pero que vista en sentido *concreto* podría ser considerada como ilícita cuando los motivos o fines prácticos contraríen el ordenamiento jurídico. Es decir, Betti comete la incoherencia de discriminar los motivos de la noción de causa para crear una concepción objetiva de la causa (entendida como función económico social digna de tutela jurídica), y luego reputar que los motivos son la expresión concreta de la causa, útil para los casos de ilicitud de la causa.

Por otra parte, la causa entendida en sentido objetivo también encuentra objeciones difíciles de superar. En efecto, si la causa es la función económico-social reconocida por el ordenamiento jurídico, "no existiría posibilidad, ni tendría ninguna utilidad, identificar en ella un distinto elemento (caracterizado por su esencialidad) del negocio jurídico... No existe razón, ni posibilidad, de concebir la causa como un elemento independiente del negocio, ni de que éste pueda ser afectado de invalidez, por consiguiente, ante la falta o vicio de aquélla"[690]

Este reproche doctrinario es claro y ya lo manifestamos anteriormente. Si la causa es el tipo mismo del negocio, resulta redundante e inútil hacer de éste un elemento de sí mismo. En efecto,

689 SCOGNAMIGLIO, 2001, p. 168.
690 SCOGNAMIGLIO, 2001, pp. 169.-170

según el art. 1325 del C.C.[691], la causa es un elemento del contrato, pero si esto fuera así, resulta confuso predicar que ese mismo elemento, esa misma causa función pueda ser ilícita, de acuerdo al artículo 1343 del C.C. italiano[692]. En este sentido es que Betti tiene que echar mano de los motivos o fines prácticos de las partes para explicar cómo la causa puede ser calificada de ilícita en su tramado concreto.

Es decir, si la causa identifica al negocio en su estructura fundante funcional, jamás podría estar ausente porque la causa viene a ser el mismo negocio, el mismo tipo, el que no puede faltar en ningún contrato, quedando la nulidad del negocio con causa ilícita como una figura inútil e inconcebible por cuanto ningún tipo puede ser ilícito. Scognamiglio lo explica claramente cuando propone el ejemplo de los contratos típicos de compraventa, que entraña el intercambio de cosa por precio, ya que la ausencia de causa aparejaría la carencia de precio o la compraventa de un objeto que ya fuese propiedad del comprador. "Bien vistas las cosas, aún en aquellos casos límite, lo que falta es, precisamente, el negocio de compraventa, en su funcionalidad, cuyo espacio no puede ser cubierto por una afirmación incongruente de las partes estipulantes, de haber querido realizar un contrato de dicho tipo."[693]

Scognamiglio, en buena medida, concluye que la teoría subjetiva es tan insuficiente que necesita recurrir a la teoría objetiva, y ésta, a su vez, remite parcialmente a la teoría subjetiva, y se muestra, en definitiva, errónea: "ello basta para concluir –adhiriendo a una tesis

691 **Art. 1325 del C.C. italiano de 1942**: los requisitos del contrato son: 1) El acuerdo de las partes, **2) La causa**, 3) El objeto; 4) La forma, cuando resulta prescrita por la ley bajo sanction de nulidad.

692 **Art. 1343 del C.C. italiano de 1942**: la causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

693 SCOGNAMIGLIO, 2001, p. 170.

no privada de defensores- que la concepción misma de la causa como requisito autónomo del negocio es infundada."[694]

Es decir, no sólo la concepción subjetiva sino también la objetiva resultan ser infundadas. Es por ello que Scognamiglio sentencia con toda autoridad que "hasta este punto, se ha mostrado que las distintas teorías propuestas respecto de la causa **enfrentan insuperables objeciones en el plano dogmático**."[695] (El énfasis es nuestro.)

Como lo dijimos anteriormente, la noción de causa no sólo es falsa porque al ser el tipo mismo contractual, no puede éste ser un elemento de sí mismo. Además, la causa entendida como función no puede ser ilícita, a menos que se identifique la causa con el objeto o contenido del negocio en los que se concretiza el acto negocial[696] (ya sea en contratos nominados o innominados), o con los motivos de las partes. El problema de la causa objetiva es que el tipo del negocio es el mismo fundamento del negocio o el negocio mismo, el que es catalogado como causa, de donde la causa resulta ser el mismo negocio, y dicho negocio no puede ser elemento de sí mismo. Scognamiglio lo explica con maestría en la siguiente cita:

"En nuestra modesta opinión, la concepción objetiva de la causa tampoco merece ser acogida. No cabe duda que ella parte de una constatación exacta: que el negocio debe responder a una función económico-social que sea reconocida por el derecho. Pero dado que pretende identificar en la causa, así entendida, un elemento constitutivo del negocio –junto con la voluntad y la declaración-, y ubicarla, entonces, en cotejo con el propósito concreto de las partes, termina apartándose, necesariamente, de su posición

694 SCOGNAMIGLIO, 2004, p. 313.
695 SCOGNAMIGLIO, 2004, p. 313.
696 SCOGNAMIGLIO, 2001, p. 172.

(objetiva), y exponiéndose, por consiguiente, a graves dificultades y contradicciones."[697]

Con esto queda demostrada la inutilidad, incoherencia y falsedad de la teoría de la causa entendida como función económico social digno de tutela jurídica. Es que el concepto mismo de causa como función económico social es contradictorio. Si la causa objetiva es un elemento del negocio, entonces resultará imposible pensar en un negocio ilícito o con causa ausente, toda vez que tal causa ilícita o ausente acarrea la ilicitud o ausencia del mismo negocio. "Si la causa es la función económico-social reconocida por el derecho, ¿cómo es que puede estar ausente, o ser ilícita, inclusive? Esta objeción puede ser superada sólo si la causa es entendida, además, como elemento concreto, es decir, concretamento forjado por las partes, de modo tal que puede ser divergente, por lo tanto, de la causa típica; y así se cae, de acuerdo con lo antes señalado, en plena contradicción con la premisa."[698]

Scognamiglio explica con maestría cómo la concepción objetiva resulta contradictoria e insulsa. El mismo contenido del negocio no puede ser un elemento autónomo del negocio, porque es el negocio mismo. Este autor asume una postura que él mismo tilda de realista, por la que postula que la inexistencia de la causa resulta ser la inexistencia del mismo negocio.

Pero ello no significa negar la presencia de la función social del tramado jurídico, como tantas veces lo explicamos. "No se desconoce la importancia de la función práctico-social –por el contrario, se identifica en ella la *ratio* del reconocimiento del negocio-, sino que, precisamente por ello, el elemento de la causa es asociado con el concepto mismo de la figura, de modo que no se niega su valor, sino

697 SCOGNAMIGLIO, 2004, p. 310.
698 SCOGNAMIGLIO, 2004, p. 311.

lo exacto de la perspectiva que ve en él un requisito del negocio, es decir, algo que puede separarse conceptualmente y prácticamente del negocio." [699]

De otra parate, cabe resaltar una breve atingencia con respecto a los denominados contratos abstractos que, en teoría, son aquellos que abstraen su causa fontanal y no precisan de ella para validar su eficacia jurídica, cual es el caso de los intrumentos cambiarios. En tal sentido, la causa como función económico-social no podría estar ausente de la estructura negocial y por ende ningún negocio jurídico podría calificar de abstracto. Scognamiglio piensa que este aserto es una confusión harto disipable, "no bien se considere que los llamados negocios 'abstractos' persiguen una función negocial propia y distinta, cual es la de constituir un medio a través del cual es posible sustraer del contenido del acto el presupueto de la atribución... **tales negocios no carecen de una causa propiamente dicha; poseen, por el contrario, una causa particular**, distinta de la causa de la atribución que pertenece al negocio subyacente."[700]

En los negocios cambiarios, la *causa debendi* es el negocio subyacente que resulta abstraido de los instrumentos cambiarios. La *causa debendi* vendría a ser la causa genética o fontanal del instrumento cambiario que resulta abstraido para dar agilidad financiera al intercabio mercantil de la sociedad. Esta última función resultaría ser la función económico-social del instrumento negocial cambiario, la que es diferente de la función del negocio subyacente (deuda). Pero no por ello se piense que la función económico social de este instrumento negocial cambiario es la causa de tal negocio, ya que está demostrado por qué la teoría de la función económico social es falsa e inútil. No por afirmar que el instrumento cambiario posee

699 SCOGNAMIGLIO, 2004, p. 319.

700 SCOGNAMIGLIO, 2001, pp. 173-174.

una función distinta a la del negocio subyacente, vamos a afirmar la utilidad de la falsa teoría de la causa.

Finalmente, para concluir, Scognamiglio plantea que ambas teorías de la causa (subjetiva y objetiva) resultan ser superfluas. Tanto la teoría subjetiva como objetiva resultan ser, por ende, inútiles. "Por un lado, si el negocio es entendido como acto de voluntad, uno se ve constreñido a plantear la hipótesis de un límite, de un criterio de determinación de lo 'querido'; por otro lado, a medida que se objetiviza dicho criterio, justamente para que responda a las exigencias, se hace evidente, ni más ni menos, aquella función social que constituye, según lo que hemos visto, el real fundamento del negocio: **en lo sustancial se trata, por lo tanto, de la entera figura, y no, como se pretende *ex - adverso*, de un elemento autónomo de la misma**." (El énfasis es nuestro.)[701]

D. Otros autores

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, y aunados a estos enjundiosos criterios, tal vez la más sepultante aseveración la podamos encontrar en boca de Torres Vásquez, quien, como lo expresáramos *ut supra*, piensa que "este concepto (de causa-función) no agrega nada al concepto de cada tipo de acto jurídico dispuesto por el ordenamiento jurídico, por lo que puede ser suprimida sin consecuencia alguna... La causa función sirve para individualizar cada tipo de acto jurídico, pero no constituye un elemento de la estructura del negocio."[702] Por ejemplo, en una compraventa la causa de la entrega del bien es el pago del precio, y la causa de éste es la entrega del bien. La finalidad abstracta, fija e inmutable en todos los actos jurídicos de la misma categoría, por estar tipificada en la norma

701 SCOGNAMIGLIO, 2004, p. 319.

702 TORRES VÁSQUEZ, 1992, 18-19.

jurídica que regula esos actos, no es susceptible de faltar, de ser falsa o ilícita.

Para nosotros, como lo hemos esclarecido asaz *supra*, la función social es un criterio que viene a impregnar no sólo los actos jurídicos, sino que envuelve con su haz todo el derecho ya sea público o privado, ya que la función social es una conquista económico-social, histórica y cultural de la humanidad, con sus hitos y trascendencias, que sopesa los dos principios básicos del derecho: libertad individual y orden público, gestando un nivel de equilibrio, donde el primero debe equilibrarse con el interés social, en una interacción dinámica y no envolvente ni totalizante. Por lo tanto, quedan claras tres situaciones:

a) La función social es una conquista humana que circula por todo el derecho, privado y público.
b) La función típica de los contratos en la sociedad, cumple la misión de caracterizar o cuadricular las operaciones dentro de la telaraña negocial.
c) La función económico-social (de las teorías italianas como la justificación jurídica del negocio, causa socio-económica, función social relevante, etc.), reproduce el papel tipificador propio de la estructura de cada tipo negocial, haciendo de éste un elemento esencial de la estructura contractual. Por lo tanto, estas nuevas y modernísimas teorías no son sino una suerte de resurrección de la sepultada teoría clásica de la causa, por ende, resultan ser -como su antecesora- falsas e inútiles.

De esta manera, no debemos confundir la función social del Derecho, que es una conquista social, como se refirió y se vio abundantemente en este capítulo con la función social de las teorías italianas que no hacen sino reproducir imperfectamente el

papel tipificador propio de la misma naturaleza contractual de los negocios, a modo de resurrección de la falsa e inútil teoría francesa clásica de la causa, introduciendo tal extremo en un elemento del negocio jurídico.

De esta forma, resulta tan insulsa la teoría de la función económico-social, que en sí viene a ser una resurrección de la teoría clásica de la causa, que el mismo Messineo echó por la borda manifestando: "Puesto que esto no agrega nada a lo que ya se ha señalado del concepto de determinado negocio, tal como está dispuesto por el ordenamiento jurídico, el concepto de causa, en este primer sentido, es una superfetación y podría suprimirse sin daño alguno."[703]

Por su parte, la causa entendida como función económico-social del negocio, o bien como la función práctico-social reconocida por el derecho, es decir, la función que aquel objetivamente tiene y que el ordenamiento sanciona y reconoce, es reconocida por la ley cuando acuña determinados tipos negociales (compraventa, donación, arrendamiento, préstamo, permuta, etc.), con su correspondiente normativa, en los que las funciones económico-sociales o practico-sociales se realizan. Entonces podemos afirmar que, por causa, bajo esta teoría, se entiende tanto el fin práctico del negocio, la razón económico-social (o, según otros, la razón justificadora de los efectos jurídicos) del negocio, o la función practico-social que caracteriza a cada tipo de negocio, roconocida por el derecho, o la síntesis de la voluntad de las partes y del objeto del negocio objetivados por la ley, o el efecto jurídico por el cual la voluntad se manifiesta.[704]

En cualquiera de estos sentidos la causa es invariable para cada tipo de negocio, por ejemplo, en las compraventas el fin del contrato

703 MESSINEO, 1954, p. 370.

704 ALBALADEJO, 1958. pp. 195 y ss.

es el de cambiar una cosa por un precio y también la razón del mismo es ese cambio; y la función que cualquier compraventa realiza es la de verificarlo. En el arrendamiento de cosas se trata de cambiar la venta por el uso de lo arrendado; en las donaciones, el enriquecimiento liberal del donatario, etc.

Así la causa pasa a ser la razón práctico típica inmanente, interés social, función económico-social del negocio entero. Sin embargo, se tropieza con el contrasentido que ya revisamos: en los negocios típicos no puede haber causa ilícita, pues el esquema está presupuesto en la ley, de la cual no puede proceder un hecho ilícito: "Esa manera de establecer la causa, nada añade, previno Messineo, a los negocios en su contenido y modo de ser."[705]

Por su parte, Diez-Picazo[706] piensa que esta teoría no explica cómo un negocio jurídico puede en ocasiones quedar afectado por el propósito o por la intención específica perseguida por las partes (por ejemplo, donación con fin de unión sexual). Lo único que puede ser causa, se piensa, es el intento o la voluntad de las partes de obtener esa función económico-social del negocio, por lo que las motivaciones comunes a ambas partes ingresarían a la palestra negocial una vez que comulguen con el tipo legal.

De otro lado, ante la afirmación de Betti, con respecto al artículo 1322 *in fine* del Código Civil italiano de 1942, que cree que la libertad contractual sólo se reconoce a las partes para actuar intereses dignos de protección, según el ordenamiento jurídico, excluyéndose, por ello, los contratos dirigidos a fines fútiles e improductivos, la pregunta de Carbonnier se levanta sepultante[707] cuando fórmula

705 Cfr. CIFUENTES, 1986, p. 187.
706 DIEZ-PICAZO, 1983, pp. 168.
707 CARBONNIER, sf, p. 252.

la siguiente inquisitiva: ¿no se trata, más bien, de una cuestión de objeto y no de causa?

A partir de esta adveración, fórmulamos nuevamente nuestra apreciación que ha venido siendo reiterada durante nuestro trajinar en este sendero, en el sentido de que la causa bajo la sombra de esta teoría, entendida ya sea como función económico jurídica o práctico social (caso de Cariota Ferrara que cree que la causa es la función práctico social y no económica social, porque trasciende el derecho patrimonial, y al ser cobijada por el derecho, no se trata de una exigencia empírica, sino de una exigencia puramente jurídica) representa un intento de la legislation por controlar el libre juego de la autonomía de la voluntad, imponiendo restricciones y canales marcadamente estereotipados para presuntamente resguardar el interés social, labor fácilmente obtenible por otros medios como el objeto negocial en su vasta significación, o el papel tipificador de la misma relación obligatoria que obedece a la voluntad contractual, la buena fe, la nulidad virtual, el orden público y las buenas costumbres, etc.

Al catalogar Betti la causa como concepto jurídico genérico, ha generado que su vaguedad permita que cada cual lo cite a favor de sus puntos de vista particulares. Es que también esta idea se vio privada de la elaboración jurídica de Roma "y sabido es que cuando en una institución jurídica *hay que dejar en blanco el capítulo relativo al derecho romano*, estamos en grave trance de tener que dejar sustancialmente igual todos los demás."[708]

Veamos ahora, cuál es el tratamiento de la otra vertiente de la causa ya no entendida como función económico-social, sino en el sentido de ser una función jurídica. Algo hemos adelantado en estos

708 OURLIAC y DE MALAFOSSE, 1960, p. 305.

últimos parágrafos, sin embargo, conviene un análisis más minucioso y pormenorizado del asunto que nos convoca.

4. CAUSA COMO FUNCIÓN ECONÓMICO-INDIVIDUAL (FERRI).

4.1. Planteamiento Doctrinario

Ferri es uno de los autores italianos que comprende la inutilidad y falsedad de la teoría de la causa objetiva entendida como la función económico-social del contrato digna de tutela jurídica, y postula la teoría de la causa objetiva entendida como función económico-individual. Para ello, pasemos revista de las críticas de Ferri endilgadas a la teoría de la función económico-social.

Ferri hace un análisis riguroso de la filosofía ideo-política que trasunta en el tema de la causa como función económico-social. Ferri cree que esta fórmula de la causa como función económico-social permitió un empleo "político" de la causa. "En efecto, en la perspectiva de la cual parte el legislador italiano de 1942, la relación entre la autonomía negocial y el ordenamiento estatal era resuelta en los términos de una autorización de la primera por parte del segundo, porque el negocio jurídico parecía ser el instrumento para la realización de intereses, ya no solamnte privados, sino también con finaliddes generales. En este cuadro, más que rpepresentar un elemento del negocio, la causa parece desenvolver, en realidad, casi el papel de un instrumento que sirve para **controlar** si los fines privados perseguidos por los autores o por el autor del negocio son coherentes (como **deben** serlo, además, **según la visión estatalista en la cual se funda, sin duda, la ideología dirigista**) con las finalidades generales taxativamente indicadas por el ordenamiento estatal. En esta perspectiva, es evidente que la causa ya no puede indicar el **fin** (ni siquiera con el sentido más objetivado posible) perseguido por las

partes, a través del negocio; la causa deviene en la **función** económico-social del negocio; en consecuencia, deviene prácticamente en la unidad de medida de la actuación, en concreto, de aquel papel de '**funcionarios'** que el ordenamiento estatal ha atribuido a los individuos, y del cual depende la tutela de los intereses privados que ellos pretenden regular mediante la actuación negocial."[709]

En efecto, la teoría de la causa como función económico-social está inspirada en la filosofía dirigista, estatista, socialista, totalizante, que inspiró a su vez al legislador del Código Italiano de 1942, de marcado sabor fascista, tan fascista como la filosofía de Betti a este respecto. La causa se convierte en un instrumento de control de la circulación de la riqueza, circulación realizada mediante el negocio. El ciudadano es tomado entonces como funcionario, y "la fórmula de la fución econoómico social (invocada en la *Relazione* al Código Civil, también en materia de propiedad y de empresa, además de serlo en materia de causa del contrato) era utilizada para controlar los momentos estático y productivo de la riqueza (como lo eran, justamente, la propiedad y la empresa)."[710]

Pero cuando la economía dirigista concluye, y en su reemplazo emerge victoriosa la idología de una constitución liberal-democrática (sin desatender los derechos de la segunda y tercera generación, como se verá en el capítulo correspondiente a la función social), el negocio jurídico se convierte en un instrumento para la realización de intereses eminentement privados, "y la causa vuleve a ser un elemento del negocio: no como **instrumento y mecanismo de control** del obrar autónomo de los individuos –como quería el legislador de 1942- sino, a lo sumo (aunque lo sea según la lógica del ordenamiento estatal, en la cual la inscribe, por lo demás, su propia inclusión entre

709 FERRI, 2001, p. 225.
710 FERRI, 2001, p. 226.

los elementos esenciales del contrato, a la cual ha sido destinada por el art. 1325 C.C.), como **objeto de control**, que permite constatar, en conreto, la existencia y el grado de compatibilidad entre los valores que el negocio expresa, y los expresados, en cambio, por el ordenamiento estatal."[711]

Pero prácticamente arribamos al mismo resultado por diferentes caminos. Si por la ideología dirigista la causa era entendida como el contralor del obrar autónomo, ahora con la ideología liberal la causa sigue constituyendo un mecanismo de control de la "compatibilidad" de los valores del negocio con los del ordenamiento estatal. En verdad, son dos formas distintas de decir lo mismo, porque los valores del negocio son los valores que el ordenamiento estatal pone en forma de función.

Entonces Ferri cree que la nueva causa, embebida de la ideología democrática liberal, cumple una función de amalgama y empalme entre los fines subjetivos de las partes y la concreta estructura objetiva del negocio. En efecto, el negocio tiene dos partes: una subjetiva, constituida por los motivos o propósitos de las partes, y la otra objetiva, integrada por la estructura concreta de la regla en la cual se ha objetivado el propósito de las partes. En otras palabras, el aspecto objetivo del negocio, no es más que la concretización u objetivación de los propósitos particulares de las partes, cuyos propósitos o motivos son amalgamados, juntados, unidos o empalmados gracias a la causa. De esta manera la causa cumple una función económico-individual, porque resulta ser el **pegamento** de los elementos motivacionales que se estructuran en concreto en la regla negocial.

"Por todo ello, si se quiseiera conservar la calificación de función para la causa, se deberá hablar de ésta, no como una función

711 FERRI, 2001, p. 226.

económico-social, sino como una función (económico-) individual, es decir, como función del negocio en particular, a través del cual las partes pretenden regular sus propios y específicos intereses."[712]

De esta manera, si la causa como función económico-social resultaba ser la causa-espejo porque reflejaba la función social del derecho en general, in totum, dentro de la estructura del negocio; la causa como función económico-individual resultaría ser la causa-pegamento por cuanto se encarga de empalmar o amalgamar los propósitos subjetivos de las partes en la concreta estructura del negocio. En ambos sentidos, la causa no representa sino el mismo tipo del negocio, la misma estructura típica, o en otras palabras, el mismo tipo negocial. Es decir, se hace del tipo negocial un elemento superfluo e inútil, sin utilidad alguna y que no se le haría ningún daño a la doctrina el deshacerse de esta superfluidad.

Entonces como la nueva causa como función económico-individual se convierte en el mismo tipo o estructura negocial, resultará imposible que algún negocio carezca de causa, y con esto entramos al pedregoso terreno de los negocios abstractos.

Ferri piensa que es difícil admitir que existan negocios abstractos, es decir, negocios sin causa o sin función. Este autor piensa que a veces la causa no es mencionada, pero sigue existiendo, como en el caso de los negocios cambiarios, en los cuales es relevante solamente la forma en la que los negocios se han manifestado. En este caso, la enunciación o no de la causa en los títulos cambiarios no es relevante y por ende no constituye un elemento del negocio cambiario, porque aun cuando dicha enunciación exista, la causa no cobrará relevancia alguna.

712 FERRI, 2001, p. 227.

En este sentido, Ferri concuerda con Scognamiglio en el sentido de que el negocio cambiario tiene su propia causa o su propia función que es la de facilitar el intercambio comercial. El hecho de que la causa fontanal que dio origen al instrumento cartular se omita, no significa que la función ínsita y particular del negocio cambiario esté ausente.

Por otro lado, predicar que los instrumentos cartulares o abstractos (porque la causa fontanal que le dio origen es abstraída o no enunciada) tienen una función particular cual es la de facilitar el intercambio comercial, no significa que dicha función sea la causa del negocio, por cuanto dicha función es el negocio mismo, es la típica estructura definicional del negocio cartular. Recuérdese que los negocios cartulares son figuras jurídicas abstraídas de su causa fontanal para facilitar el intercambio negocial o comercial. Hacer de la definición o de la función del instrumento cartular una función a modo de elemento adicional, es un exceso, y por lo tanto una inutilidad.

4.2. La causa como elemento "invisible" del Negocio:

Este acápite viene a propósito de un artículo publicado por Ferri a raíz de una conferencia del autor en el marco de un congreso de Derecho organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma III, en mérito de la presentación de la edición en italiano del libro que recoge los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*, a cargo de la comisión presidida por Ole Lando (en adelando "Principios Lando"), en donde no se hace mención a la causa del negocio jurídico o del contato.

Ferri arranca su elocución con una nota verdadera y conmovedora: "Comenzaré –nos dice Ferri- con una constatación: entre las codificaciones 'privadas", difundidas en la cultura jurídica de nuestor tiempo, va imponiéndose la convicción de la inutilidad de

hacer referencia, en materia de contratos, al elemento de la causa. No se hace mención de la cual ni en los *Principios* del Instituto Unidroit, ni en el *Code Euroéen des contrats*, elaborado por la Academia de los Iusprivatistas europeos, con sede en la Universidad de Pavía."[713]

En realidad, Ferri hace muy bien al constatar un hecho que acontece en la realidad y no en las fantasías literarias del caballero invisible de la obra de H.G. Wells. Y la principal razón por la cual la causa no se presenta como un elemento esencial de los contratos o negocios jurídicos es simplemente porque es una institución ambigua, falsa e inútil.

Por otro lado, Ferri se equivoca al decir que la causa no se encuentra tipificada como elemento esencial del acto jurídico –al que equipara al negocio jurídico- en el artículo 140, numeral 3º del Código Civil Peruano de 1984, ya que este numeral alude al "fin lícito" como un elemento ambiguo. En realidad, el legislador peruano ha optado por la teoría de la causa del acto o negocio jurídico (en esto yerra Ferri), pero la fisonomía de dicha causa es de lo más ambigua (en esto acerta Ferri.)

Asimismo, Ferri analiza la causa desde la fisonomía de los códigos francés e italiano. En Francia, por ejemplo, el artículo 1108 del Code Napoleón de 1804 hace alusión a la causa lícita de la obligación como elemento esencial para la validez de una convención.[714] Asimismo el artículo 1325 especifica explícitamente que la causa es un requisito del

713 FERRI, 2004, p. 266.

714 Código Civil Napoleónico de 1804, art. 1108: "Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención:
El consentimiento de la parte que se obliga.
Su capacidad para contratar.
Un objeto cierto que forme la materia del compromiso.
Una causa lícita en la obligación."

contrato.[715] En este sentido es que propusimos en una obra anterior la eliminación de este cuarto elemento "causa" por constituir el cuarto lado del triángulo.

De la misma forma, en la codificación italiana el artículo 1104 del Código Civil de 1865 la causa era entendida como causa de la obligación, a diferencia del Código Civil de 1942 donde la causa es tratada como causa del contrato. Y dicha causa es emparentada a la función económico-social que el derecho reconoce relevante para el control de las negociaciones, al amparo de la filosofía estatista y facista.[716] Sin embargo, como se explicara en un acápite anterior, dicha fisonomía estatista de la causa del contrato (entendida como función económico-social), pasa a tener otra contextura, según el análisis de Ferri, anexo a la concepción liberal democrática cuya filosofía cabalga la Constitución republicana de 1948.

Por su parte, la codificación alemana hace alusión a la finalidad del negocio (zweck), así como la idea del fundamento del negocio (grund).[717]

Es debido a esta variopinta y multifacética caracterología de la causa del negocio jurídico la que obliga a omitírsela en los proyectos de unificación del sistema contractual en el derecho europeo. Es decir, como nadie se pone de acuerdo sobre lo que significa la causa,

---

715 Art. 135 del Code Napoleón: "Los requisitos del contrato son:
El acuerdo de las partes.
La causa.
El objeto.
La forma, cuanto resultara prescrita por la ley bajo sanció de nulidad."

716 Código Civil italiano de 1942: art. 1325: "Los requisitos del contrato son:
El acuerdo de las partes.
La causa.
El objeto.
La forma, como resultara prescrita por la ley bajo sanción de nulidad."

717 Ferri, 2004, p. 268.

en lo único en que concuerdan es que no se puede concordar nada sobre la causa, y como fruto de esta rica valoración optan por omitir toda alusión a este elusivo elemento.

Sin embargo, estas contradicciones no incomodan para nada a Ferri, quien considera positiva la dicotomía entre el silencio legislativo con respecto a la causa en los proyectos de codificación europea versus los planteamientos doctrinarios, toda vez que "cada uno tiene que hacer su propio trabajo." Pero es menester recalcar que tal omisión legislativa responde a una lectura de la realidad palpitante, cual es la multifacética fisonomía y conceptualización del elemento causal, y no a una invitación de la legislatura a la doctrina para plantear concepciones y elucubraciones.

Y es precisamente sobre estos Principios de Derecho Europeo de los contratos (denominados por Ferri como principios Lando), a los que Ferri centra su mirilla para encontrar una presencia "invisible" de la causa. Es decir, tales Principios no mencionan en absoluto a la causa del contrato, sin embargo, Ferri cree encontrar alusiones a la causa cuando estudia su articulado. En realidad, esto no es más que una lectura tendenciosa, arbitraria, antojadisa y manipulada, cuando no manipuladora.

Este es básicamente el problema de Ferri, realizar lecturas tendenciosas y manipuladas. Por ejemplo, para referirnos al caso peruano del Código Civil de 1984, Ferri cree encontrar alusiones a la causa función en los artículos 140 ("fin lícito"), 141 ("circunstancias del comportamiento", y 170 ("naturaleza del acto jurídico"). Es decir, Ferri manifestó anteriormente que la causa del negocio no se encontraba presente en el Código Civil de 1984, sin embargo, ahora cree encontrar una similitud de la causa "función", con claro sabor a la causa italiana

del Código Civil de 1942, en instituciones que no tienen nada que ver con a causa como son los artículos reseñados (141 y 170)[718].

En otras palabras, cada vez que Ferri lea las expresiones "naturaleza del acto", "circunstancias del comportamiento" o similares acepciones a las que alude el Código, entonces estaremos en presencia de la causa-función italiana. En verdad, esto es absurdo, no es más que un intento de manipular instituciones jurídicas y darles un significado arbitrario. De esta manera, Ferri podría hablar de la presencia invisible de la causa-función en el Código Civil peruano, aserto ajeno a la verdad.

Es que frente a la mudez de las codificaciones europeas con respecto a la causa, no queda otra alternativa que intuir y soñar en la presencia de la causa. En sí, ello puede ser muy efectivo en el terreno literario, pero no en el plano jurídico. Ferri advera: "Las historias y las crónicas literarias están, pues, acompañadas de 'invisibles' o 'mudas' presencias, no menos importantes de lo que se ve y se siente, pero no eliminables, incluso en su impalpable o silenciosa realidad."[719]

---

718 **Código Civil Peruano de 1984**: **Articulo 140º.- Noción de Acto Jurídico: elementos esenciales**
El acto juridico es la manifestacion de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:
1.- Agente capaz.
2.- Objeto fisica y juridicamente posible.
3.- **Fin lícito**.
4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
Articulo 141º.- Manifestación de voluntad
La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de **circunstancias de comportamiento** que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.
Articulo 170º.- Interpretacion integral
Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la **naturaleza y al objeto del acto**.

719 Ferri, 2001, p. 272.

De la misma manera, Ferri realiza una lectura arbitraria y manipulada de los Principios Lando basado en la fantasía y la imaginación. Es el mismo Ferri quien cita en inglés un pasaje de la obra de un dramaturgo y novelista francés Giraudoux: "We need the law and the facts, but also our imagination. Law is an art, like writing and painting, a creative activity"[720] y que yo la traduzco así: "Necesitamos del derecho y los hechos, pero también de nuestra imaginación. El derecho es un arte, como escribir o pintar, una actividad creativa."[721]

Es decir, una vez que Ferri sabe que la causa está ausente de los proyectos legislativos europeos, empieza a utilizar su vena literaria, dramatúrgica y artística para dar libre cabida a su imaginación e intentar descubrir cómo es que la causa todavía se encuentra campeando los valles de tales principios. Siguiendo a Ferri, entonces los poetas y dramaturgos harían un mejor trabajo que los legisladores. Pero en verdad, no hay otra forma de dar vida a la causa si no es a través de la imaginación y el arte, porque jurídicamente jamás tendrá validez alguna.

Ferri se declara asimismo un artista: "Confiando, entonces, en la libertad de la fantasía e los juristas y de los legisladores, intentaré realizar una *recherche* de la causa, a decir verdad, en los lugares de los cuales parece haber escapado o haber sido expulsada."[722]

Es preciso destacar que el *Code européen des contrats*, redactado por la Academia de Iusprivatistas Europeos, se ampara culturalmente, pero no estructuralmente, –según Ferri- en los Principios "Unidroit" y en los Principios "Lando", inscribiéndose en la corriente cultural que reclama para las codificaciones privadas el carácter extraestatal del derecho civil.

720 Ferri, 2001.

721 Ferri, 2001, p. 272.

722 Ferri, Ferri, 2001, p. 272.

En este sentido, en el *Code Européen* no se hace mención a la causa, sin embargo, Ferri (2001), con su imaginación literaria, cree encontrar la presencia invisible de la causa del contrato, cuando menciona: No hay ninguna referencia a la *causa o al objeto*. Sin embargo, la referencia al *contenido*, que identifica en su integridad al reglamento de intereses objetivamente regulado en el contrato, parece poder conferirle la función y el papel de elemento en condición de resumir, sea la regla objetivada en el contrato, sea las concretas finalidades subjetivas que los contratantes se comprometen a realizar mediante dicha regla. En resumen, el elemento del contenido también puede expresar parcialmente el elemento de la causa (y, en parte, del objeto) …(p. 272).

Como se puede apreciar de este último pasaje, Ferri trata de defender lo indefendible, de descubrir la causa en situaciones donde no existe, de querer encontrar una presencia invisible que él es el único que puede verla usando su fantasía literaria, pero que en realidad no existe por su inutilidad y falsedad.

Para rematar, Ferri (2001) concluye: "En resumen, y tal cual recordaba al inicio, se puede decidir no hablar de la causa, pero no se pueden eludir los problemas que la causa ha traído siempre a colación y en torno de los cuales la doctrina ha siempre reflexionado y debatió, como *problemas de la causa*, precisamente, y acerca de los cuales ella ha intentado elaborar una definición." (p. 282).

En verdad los únicos poblemas de la causa son los que ella misma ha provocado porque la causa es un elemento inexistencia, huero de sentido, falso, inútil, un verdadero adefesio jurídico, hecho para dar andadura a nuestra imaginación literaria y satisfacer nuestras fantasías de abstracciones sin ninguna utilidad. Enhorabuena que los Principios Lando y el Code Européen han entendido bien que la causa

es un elemento que no representa sino el cuarto lado del triángulo, al decir e Giorgi.

Y para no quedarnos atrás, así como Ferri citó al dramaturgo Giradoux para justificar sus devaneos literarios extrajurídicos, yo le dedico a su devaneo filosófico el poema XV del poeta chileno Pablo Neruda, que muy bien podría ser una dedicatoria literaria de Ferri hacia la causa del contrato, causa moribunda y ausente, causa invisible y sibilina.

5. CAUSA COMO FUNCIÓN JURÍDICA

5.1. El esquema jurídico-formal

Para esta postura doctrinaria la causa cumple un papel limitador de la autonomía de la voluntad porque sirve de mecanismo de control sobre el contenido de los negocios jurídicos, existiendo pues, un "*numerus clausus*" legal de los negocios jurídicos, sólo ampliable mediante la amalgama de los existentes; pero posteriormente se ha reducido el significado de la causa y eliminado prácticamente el control que ella supone respecto al ejercicio de la autonomía.

El derecho se preocupa de la causa típica del negocio y no de lo que piensen los agentes, o sea, el propósito económico o social de las partes, por lo que basta para la existencia y eficacia del negocio con que se respete el procedimiento o forma jurídica, la estructura o esquema formal del negocio. Pareciera que estuviéramos en un acápite de la teoría de la causa como categoría o tipo negocial, porque ambos coinciden en el amparo positivo legal brindado a cada forma de negocio jurídico.

De la misma forma, el ordenamiento jurídico no tutela sino determinados negocios porque sirven para alcanzar fines sociales concretos, como por ejemplo la compraventa que es un intercambio de bienes por dinero; transacción o terminación de un litigio, o la

donación que da relevancia a deseos altruistas y desinteresados del hombre.

Esta consideración de la causa como esquema jurídico formal no explica a cabalidad el fenómeno de la causa y sólo contribuye a explicitar más la función de la ley frente a cada tipo o trebejo negocial, donde la voluntad de las partes se subordina a los trebejos predeterminados del tipo jurídico.

Enseguida referiremos cómo es que sus principales cultores han apilado sus concepciones a la construcción de este edificio doctrinario desde su particular visión académica.

5.2. Pugliatti

Este autor considera que la causa del contrato y de la obligación responden a un solo concepto y no a dos distintios, por lo cual nos brinda su noción do causa en el siguiente parágrafo: "La causa de la obligación pues, no es más que la causa para obligarse, elemento constitutivo esencial del contrato; y como el contrato es únicamente la figura mas típica del negocio jurídico regulada por nuestro legislador, podemos opinar -salvo comprobación- que la causa debe considerarse como elemento esencial del negocio jurídico en general."[723]

Como podemos apreciar, Pugliatti cree que la causa de la obligación es un elemento del contrato y que, por ende, al ser el contrato el tipo más característico del negocio jurídico, infiere que dicha causa de la obligación es la causa del mencionado negocio, pero, además, esta causa constituye un elemento esencial dentro de la estructura negocial.

723 PUGLIATTI, 1943, p. 279.

Ahora bien, el mencionado autor propone dos situaciones que deben tenerse muy en claro en lo que respecta a esta materia: a). Que la causa del negocio jurídico no debe confundirse con la causa como impulso de voluntad; y b). Que el concepto de causa del negocio jurídico debe asumir, respecto al de la causa del acto volitivo, un aspecto objetivo, en vez de un carácter subjetivo.

Es por ello que reprocha la dirección subjetiva de la causa del negocio, manifestando: "Causa, en sentido subjetivo, sería el motivo que determina al sujeto a querer, el antecedente determinante del acto volitivo. Pero, en este sentido, no se puede hablar de una causa del negocio jurídico, considerado como elemento típico constitutivo del negocio, sino más bien de una causa genérica, de cualquier antecedente determinante del acto de voluntad. De tal manera que respecto al mismo negocio jurídico podría haber diversas causas: Ticio celebra un negocio de adquisición de una casa, porque desea habitarla; Cayo, porque desea establecer una hacienda comercial; Sempronio, porque desea especular, vendiéndola a otros; Mevio porque quiere darla en arrendamiento. La causa del negocio con el que se verifica la adquisición, no puede identificarse, caso por caso, con el motivo particular que ha impulsado al sujeto a querer, porque la variabilidad de los motivos individuales de cada uno de los sujetos haría estéril la investigación de una causa, que debería constituir el elemento esencial del negocio."[724]

De esta forma, el autor rechaza esta tendencia subjetiva pura que considera los motivos individuales mudadizos y cambiantes de contrato a contrato y de contratante a contratante. De esta manera la orientación subjetiva se rectifica y asume caracteres objetivos cuando considera el fin práctico o común de todos los contratantes que quieran celebrar un determinado contrato, constituyendo el *fin*

724 PUGLIATTI, 1943, pp. 279-280.

o intento típico. Sin embargo, aun desde esta nueva perspectiva, se atisban ciertos bemoles: "a) que desde el punto de vista psicológico, es arbitrario despojar los motivos de toda nota individual, para obtener un impulso típico que, justamente porque es típico, se destaca del sujeto, y no tiene ya caracteres subjetivos; b) desde el punto de vista jurídico, no se evita el inconveniente de la pluralidad de causas que corresponden a la pluralidad de sujetos: en efecto, en la compraventa, el propósito del vendedor es el de obtener el precio, y por esto sacrifica la cosa, mientras que el propósito del comprador es el de adquirir la cosa, por lo que se obliga al pago del precio; en la donación, mientras que la intención del donante es la de enriquecer al donatario sin equivalnte ninguno, la intención del donatario es la de adquirir, sin sacrificio."[725]

De ahí que, desde esta visión del intento típico, en sí se trataría de un criterio subjetivo con caracteres objetivos, por cuanto el elemento subjetivo se evapora en parte al confrontar la esencia de esta nueva estructura que no responde sino a basamentos típicos del negocio. Es así que el fin o intento típico representa en sí un pálido reflejo del esquema típico del negocio determinado por la norma; por lo que, para la construcción de un concepto de causa, sea menester -según el autor- aludir a este esquema normativo típico, ya que en este aspecto el negocio se concibe como un conjunto unitario, mientras que desde el punto de vista del *intento típico*, la causa se presenta desgajada e inarmónica cuando se destaca el fin del vendedor y del comprador por separado (en una compraventa por ejemplo).

Asimismo, la voluntad de los sujetos constituye un elemento material, mientras que la fuente inmediata de los efectos jurídicos es la norma. "Y por lo tanto, la causa del negocio, más bien que el intento típico del sujeto, y el conjunto de los intentos típicos de los diversos

725 PUGLIATTI, 1943, p. 280.

sujetos, es la síntesis unitaria de los efectos típicos de un determinado negocio jurídico, tal como resultan establecidos por la norma. Así, la causa en la compra-venta es la trasmisión de la propiedad de una cosa determinada por un cierto precio; la causa de la donación, la transmisión de la propiedad de una cosa sin equivalente; la causa de la permuta, la recíproca transmisión de la propiedad de cosas determinadas; la causa del mandato, la gestión de los negocios ajenos sin o con retribución; etc."[726]

De esta forma, Pugliatti llega a construir su concepto de causa del negocio, rechazando las posturas subjetivas ya puras, ya rectificadas, asumiendo el criterio objetivo que asume el esquema negocial deparado por el tipo normativo, es decir que la causa no vendría a constituir más que la síntesis unitaria de los efectos jurídicos determinados por la norma en cada tipo de contratos. En resumen, la causa no es más que el tipo caracterizado por la norma jurídica, sin olvidar que esta causa constituye un elemento esencial dentro del enjambre negocial.

Otro aspecto que no debemos dejar de lado, es el que atañe a la íntima vinculación que existe entre la teoría de la función jurídica del autor bajo tratamiento con la concepción clásica de la causa, con la única diferencia de que esta última teoría ve a la causa desde posturas que responden a la perspectiva de cada sujeto contractual (recuérdese que la causa de la obligación- en una compraventa *ad exemplum*- del vendedor es la obligación del comprador y, mientras que para Pugliatti, la causa viene a ser ese juego de interdependencias visto en su orgánica unicidad negocial, siendo en el fondo dos productos de la misma concepción objetiva, legalista y abstracta.

726 PUGLIATTI, 1943, p. 282.

Ahora bien, también es importante anotar que para esta teoría de la causa como función jurídica, equiparada al esquema legal en cuestión, sólo son importantes aquellos tipos descritos y previstos por el ordenamiento legal, con lo cual queda en pie la inquietud atinente a la suerte de aquellos contratos innominados o atípicos, por lo cual, en rigor de dicha postura, estos últimos negocios sólo podrían aceptarse en la medida en que respondan a la combinación de los negocios típicos o nominados bajo el espectro de la causa mixta justificadora de la tutela legal de susodichos negocios.

Para comprobar esta verdad apodíctica del racionalismo del autor, leamos el siguiente parágrafo del libro de Rubino, cuya apreciación milita en esta postura identificadora de la causa mixta como combinación de negocios típicos frente a la inopia contractual de los contratos atípicos o innominados: "Puede existir duda de que en estos llamados negocios atípicos, *sui generis*, entran los contatos mixtos, considerada la naturaleza casi siempre típica de los elementos de que estos últimos resultan. Pero parece excesivo que el campo de aplicación de los primeros quede vedado a los segundos, ya que el principio de la libertad contractual consiente sólo nuevas *combinaciones* pero no verdaderas creaciones de tipos."[727] Y luego continúa diciendo: "La teoría de que en los negocios atípicos no se verifique ningún efecto especial, que no sea querido por las partes, está preferentemente sostenida y encuentra apoyo en la falta de una reglamentación legislativa, por la cual algunos autores sostienen la trascendencia de las intenciones empíricas en los negocios típicamente reconocidos, y de las intenciones jurídicas en los contratos innominados, en que las partes explicarían la función que en los otros realiza la ley.

727 RUBINO, 1953, pp. 48-49 (el rasaltado es nuestro).

Nos parece, sin embargo, que el principio de la libertad contractual debe entenderse en un sentido más limitado, es decir, que el efecto jurídico del contrato está subordinado a la voluntad del Derecho objetivo. Esta voluntad se dirige a sancionar la intención empírica manifestada por las partes, a quienes se ha dejado sólo la libertad de formar el nuevo material de hecho, reservándose siempre la ley el Derecho de agregarle consecuencias jurídicas...

Podrá convenir ayudar a la exigencia de normas específicas, la analogía de los tipos conocidos, en cuanto sea posible; y lo será más frecuentemente para los contratos innominados que se establecen como derivación de un tipo legislativo, pero difícilmente para los contratos de contenido absolutamente nuevo. Para estos últimos conviene tener presente cuanto hemos dicho ya sobre la dificultad, de su reconocimiento en forma directa y sobre la frecuencia con que estarán sujetos a deformaciones de su entidad de hecho mediante un proceso coactivo de construcción.

En este breve examen los negocios innominados aparecen como situaciones que encierran en su elemento de hecho necesidades apreciables y representan útiles indicaciones de *jure condendo*; pero, por la dificultad y la incertidumbre de su disciplina como formas autónomas deben considerarse como instrumentos meramente subsidiarios del ordenamiento jurídico; una '*extrema ratio*', *a* la cual recurre cuando por ningún procedimiento se pueda hacer entrar la relación en los esquemas preestablecidos."[728]

Es pues, de esta manera, con que los negocios atípicos encuentran encarnadura normativa a través de la positivización de la combinación de los tipos conocidos, o la apreciación por analogía de los mismos. A esta conclusión podemos arribar sobre la base de

728 RUBINO, 1953, pp. 49-51.

la consideración de la teoría de la función jurídica que responde a la síntesis de los efectos jurídicos de cada figura negocial, expresamente recogida por la ley, o mediante una mixtificación de estas causas si se trata de los negocios atípicos.

De esta forma, al identificar tajantemente la causa del negocio con el esquema legal, formal, normativo y rígido, tenemos como corolario la fácil prescindencia de esta figura asumida como elemento esencial de la estructura del negocio jurídico. Similar parecer encontramos dentro de la teoría de la causa como función económico social, en la que se identificaba esta causa con el negocio jurídico *in totum*. Con uno u otro planteamiento, se reconduce la causa ya sea al tipo (dentro de la causa función jurídica), o al negocio *in integrum* (según la causa función económico social).

Prosigamos nuestro análisis, ahora para confrontar cuál es el planteamiento de Trimarchi con respecto a esta materia.

5.3. Trimarchi

Este autor es otro de los grandes exponentes de la teoría de la causa como función jurídica, razón por la cual muchos de sus postulados coinciden plenamente con la postura de Pugliatti. Esto lo comprobamos cuando define la causa de los negocios, la que entiende como la síntesis de sus efectos jurídicos esenciales. Sin embargo, existe una sutil diferencia en materia de dos elementos conglobantes: el esquema legal y la causa del negocio jurídico. La diferencia se encuentra en que Trimarchi llega a identificar totalmente la idea de causa del negocio jurídico con el esquema legal o el tipo negocial; en cambio, Pugliatti cree que la causa es la función jurídica descrita en el esquema legal o tipo negocial. Obviamente la diferencia es realmente fina y perspicaz. En rigor de verdad, ambos llegan al mismo punto doctrinario cuando reputan la causa como un elemento configurador dentro del esquema legal o que se confunde con él, derivando en

el tipo negocial, ya que ambos autores coinciden en que la causa consiste en la síntesis de los efectos jurídicos esenciales descritos por la norma jurídica a través del esquema de la operación negocial o tipo legal.[729]

Ahora bien, en lo referente a la ausencia de causa, el mencionado autor se pronuncia en el sentido de la existencia de esta situación cuando exista imposibilidad absoluta de que uno de los efectos jurídicos esenciales pueda verificarse, *ad literam*: "Si uno de los efectos esenciales del negocio no puede absolutamente verificarse, por falta de uno de sus presupuestos lógicamente necesario, las operación (sic) negocial resulta mutilada o, en todo caso, privada de sentido. Se dice entonces que el negocio carece de causa. Se ha dicho antes que la compraventa es nula si la cosa pertenecía ya al comprador: en efecto, la transferencia de la cosa es presupuesto lógicamente necesario del cambio, en el cual consiste la causa del contrato de compraventa. Análogamente, la existencia de una situación de copropiedad es el presupuesto lógicamene necesario del contrato de división y partición: si la copropiedad falta porque nunca ha existido, o porque la comunidad ya fue disuelta, el contrato de división y partición está privado de sentido y por tanto es nulo. Así, aún, se tiene nulidad del contrato si el riesgo asegurado nunca existió o cesó de existir antes de la conclusión del contrato mismo (p. e.: la cosa que se quiere asegurar contra incendio ya se quemó) (art. 1895 Cod. Civ.)"[730]

Como podemos observar se trata de un problema que desemboca no en la la ausencia total del tipo, sino en la falta de acomodamiento del negocio en cuestión al esquema o tipo legal, a consecuencia de problemas con ciertos elementos del negocio como el objeto

729 TABOADA, 1996, pp. 550-551.

730 Cfr. TABOADA, 1996, pp. 552.

del mismo, generando imposibilidad de producir el efecto jurídico ansiado. Por ejemplo, en el caso de que en una compraventa la cosa que se intenta transferir sea propiedad del comprador, provocará que tal negocio no produzca los efectos jurídicos propios de este tipo de contratos por no ajustarse al esquema legal al no cumplir con el presupuesto indispensable que consiste en la transferencia de un bien a cambio de dinero. En este sentido, vemos claramente que se trata de un problema del objeto perteneciente al mismo vendedor que no puede adquirir lo que le pertenece, por lo cual no se puede formar el efecto del traspaso del bien ni, consecuentemente, la ansiada operación negocial.

Esta vocación por echar mano del objeto, se patentiza también cuando el autor hace alusión a la causa ilícita, *ad pedem*: "El ordenamiento jurídico no reconoce la validez del negocio, sólo cuando aquél tenga una causa lícita y digna de tutela. La causa del negocio es ilícita cuando sea contraria a normas imperativas, al orden público (es decir, a los principios fundamentales e inderogables del sistema jurídico) o a las buenas costumbres (es decir, a las reglas de comportamiento social, cuya violación es considerada inmoral y escandalosa por la generalidad de los conciudadanos): art. 1343 Cod. Civ. Está por demás decir, que por lo común, el concepto de causa ilícita aparece casi un doppione del concepto de objeto ilícito. La ilicitud del objeto (es decir, de la prestación contractual) repercute sobre la causa, rindiéndola ilícifa a su vez. Hay también hipótesis en las cuales cada prestación singular prevista por el contrato es en sí y por sí ilícita, y es ilícita su combinación según el esquema contractual. Piénsese en la promesa de una suma de dinero de parte de un particular a un funcionario público para que cumpla un acto conforme a los deberes de su función: la prestación de dinero es en sí y por sí ilícita, y es ilícito, es más, debido, el acto prometido por el

funcionario público; pero ilícito es poner estos dos actos en relación de reciprocidad."[731]

De esta manera, aparece redondeada la perspectiva del autor en el sentido de considerar la causa desde una visión marcadamente legalista, abstracta, formal y objetiva, recusando cualquier consideración subjetiva para catalogar casos de ausencia de motivos o de consideración subjetiva o psicológica de la operación. Es así que, su orientación milita por el sendero del objeto ilícito, lo cual hace innecesaria toda mención de la causa como elemento esencial indispensable conformante de la estructura del negocio jurídico. De otra parte, su perspectiva con respecto a los contratos atípicos o innominados, reputa que éstos serán siempre el producto de la combinación de dos o más contratos típicos, al modo de Rubino visto *ut ante*.[732]

En conclusión, esta teoría de la función jurídica restringe exorbitantemente la voluntad contractual a los esquemas o tipos legales preestablecidos, negando la posibilidad de nuevos contratos no ventilados previamente por el tamiz normativo.

En cuanto se refiere a los seguidores de esta teoría de la función jurídica, Taboada refiere que "en la doctrina italiana, además de Pugliatti, Trimarchi y Rubino, siguen la teoría de la función jurídica, entre otros, Francisco Messineo, Pedro Bonfante y Giuseppe Mirabelli.

En la doctrina española por su parte, siguen esta orientación, entre otros, Manuel Albaladejo, Guillermo García Valdecasas, Jaime Santos Briz y Juan B. Jordano Barea. Sin embargo, no debe dejar de mencionarse... que en la doctrina española, por influencia de la jurisprudencia de sus tribunales, los autores que siguen esta

731 TABOADA, 1996, p. 553.

732 TABOADA, 1996, p. 556.

concepción objetiva absoluta, así como los que siguen la teoría objetiva de la función económico social, por lo general, combinan sus postulados de función jurídica o función económico social, con las ideas neocausalistas de aceptar, en algunas circunstancias, la incorporación de los motivos a la causa del negocio jurídico y del contrato."[733]

De esta forma, vemos cómo las teorías objetivas de la causa, tanto de la vertiente de la función económico-social, con todos sus matices y requiebres, así como de la teoría de la función jurídica, no sólo restringen la voluntad contractual, sino que pueden ser fácilmente reemplazables mediante muchas otras figuras que componen la estructura del negocio jurídico -como el objeto por ejemplo-, sin necesidad de recurrir a este elemento que -al igual que la causa clásica- resulta ser falso e inútil.

Veamos ahora, a partir de la insinuación del parágrafo precedente cómo es que se trata de buscar una nueva vía para que la causa jurídica no muera en esta nueva e inútil creación de las teorías absolutas, abstractas, formales y falsas de la causa negocial.

6. LA CAUSA HIPERSINCRÉTICA

Ya hemos aclarado en el punto anterior cómo es que la causa jurídica recibe un golpe de muerte al analizar todos los bemoles de las teorías objetivas de la causa (ya sea en su versión socioeconómica o la función jurídica), que hacen predicar su super-erogatoriedad y superfluidad.

Sin embargo, existen posturas alimentadas desde el neocausalismo que capturan el elemento psicológico, espiritual, motivacional (ya visto asaz en el capítulo pertinente), que -desechando

733 TABOADA, 1996, p. 564.

el factor objetivo de la causa clásica- absorben los planteamientos de las teorías objetivas de la causa función, arribando a un neocausalimo hipersincrético que amalgama el aspecto subjetivo (motivacional) de la doctrina francesa, más el aspecto objetivo de la doctrina italiana. De esta forma, con evidentes matices según los autores, se concibe la causa hiper-sincrética que pasamos a analizar brevemente.

Para Taboada "la causa... tiene dos aspectos: el objetivo y el subjetivo. Bajo el aspecto objetivo la causa se define como la función jurídica en base a una función socialmente razonable. Pero es necesario también construir el aspecto subjetivo de la causa conformado por propósito de las partes de obtener la función jurídica y también, de ser el caso, por el propósito de alcanzar una determinada función o finalidad concreta, en la medida que se trate de la base o razón única y deteminante de la celebración del negocio jurídico."[734]

Como vemos, su teoría unifica ambas vertientes de la teoría de la función, tanto la jurídica como la económico social, dentro del plano objetivo, y dentro del subjetivo propone la intención de las partes de alcanzar la función del negocio (que en sí coincidiría con el mismo elemento objetivo), más la determinación motivacional determinante en algunas situaciones (móvil impulsivo y determinante).

Por su parte, y con alguna variante en el sentido de considerar que el afluente económico-social se integra en la función jurídica del negocio, Rubino se expresa: "Si es la ley quien reconoce los efectos jurídicos a las intenciones prácticas de los particulares, causa de la eficacia del negocio puede ser sólo el elemento que la ley a tal fin requiere, y que, derivando de ella se coloca o tiende a colocarse (contratos innominados), como elemento típico, en el sentido de esquema objetivo que comprende toda una serie de

734 TABOADA, 1996, pp. 680-681.

negocios concretos. Este elemento es la función económico-social que el negocio cumple. Para estar vinculados jurídicamente no basta la voluntad de los particulares dirigida en tal sentido, se requiere también que se ponga en vigor una relación reconocida por la ley digna de tutela... La causa constituye el límite puesto por la ley a la voluntad de los particulares.

En esta común concepción se comprende que, en los negocios típicos, la objetivación, dada preventivamente por la ley, de una función práctica en un esquema negocial, hace adquirir a la causa un aspecto eminentemente formal. Si la misma naturaleza económico-social de la relación determina su reconocimiento legislativo y hay que considerarla junto con las figuras contractuales disciplinarias por el Derecho positivo el interés se desvía hacia los requisitos esenciales del negocio, los cuales, al ser impuestos por la ley, asumen un carácter eminentemente jurídico, en que queda absorbido el elemento económico-social. Por otra parte, se puede observer que un tipo determinado cumple la misma función genérica en todos los ordenamientos jurídicos; pero, respecto a un determinado Derecho positivo, la causa no puede ser otra que aquella particular considerada por ese ordenamiento, es decir, el conjunto de los elementos que allí se consideran indispensables para el tipo. Claro que, por lo que se refiere a los negocios típicos, la causa puede útilmente individualizarse como el conjunto orgánico y funcional de los elementos esenciales del tipo...

La teoría de la causa subjetiva, especialmente la que se podría calificar de causa subjetiva concreta, termina por volver subjetivo, concreto y variable lo que es objetivo y típico la causa; y viceversa, termina por volver formal y esquemático lo que era verdaderamente subjetivo y concreto, el consentimiento, que constituye solamente el hecho de obligarse, es decir, la expresión de la decisión en el acto de voluntad...

...Es necesario no sólo que el motivo tenga fuerza determinante, sino también que se ponga en conocimiento de la otra parte como elemento a que se quiera dar fuerza vinculante, es decir, ponerlo como elemento del negocio."[735]

Con este discurso apodíctico de su postura causídica que circula por los entresijos de la teoría de la función jurídica que engolfa el elemento económico-social, en un esquema objetivo, concreto y formal, el elemento subjetivo cobra relevancia cuando, al modo como lo predica el neocausalismo francés, el motivo aparece de común acuerdo y en forma de elemento del negocio.

A partir de estos asertos, la orientación hipersincrética tendrá mil combinaciones ya sea que se parta de la figura de la causa como función económico-social o la función jurídica, o hasta mezcolanzas de ambas para conformar el elemento objetivo, agregando el elemento subjetivo visto en el motivo objetivado común elevado a la categoría de componente esencial del negocio jurídico.

Ahora bien, la crítica que no puede esperar: y es la que intenta reproducir aquellos comentarios que esbozáramos en los capítulos anteriores de manera tangencial. En esta ocasión tales críticas aparecen corroboradas por el estudio íntegro de las teorías bajo tratamiento, sin embargo, podemos manifestar que si consideramos que las teorías objetivas llegan a ser hiper abstractas, generales y formales -desde ambas vertientes- así como falsas e inútiles, y, como también vimos con las teorías subjetivas neocausalistas que eran falsas e inútiles por sus propios fundamentos, entonces no podríamos concebir una teoría que, por unir dos afluentes que son falsos e inútiles, deje de ser también falsa e inútil. Eso sería un sofisma como aquél que pretende obtener una persona sana

735 RUBINO, 1953, pp. 106-114.

metiendo a dos enfermas en una cama. De ahí que, no nos convence la idea de que las nuevas orientaciones neocausales, que postulan mixturas y mescolanzas, sea una buena alternativa para dar vida a una moribunda concepción.

Veamos enseguida una breve apreciación general del espectro en torno a estos enjundiosos planteamientos desde la perspectiva de una clara sindéresis jurídica.

7. OBSERVACION GENERAL

Por su parte, De Castro supone que estas teorías objetivas limpian la doctrina de los prejuicios psicológicos de las teorías subjetivas, centrando la consideración de la causa en la norma jurídica, la que encauza el ejercicio de la autonomía de la voluntad. *Ad literam* manifiesta: "El positivismo legalista, en sus manifestaciones más o menos totalitarias, desconoce el valor de la iniciativa individual."[736]

En realidad las teorías totalizantes, comunitarias y socializantes -como las de la cantera italiana- son las que han gozado de la fama de envolver la causa en una horla legal y típica sobre el contenido de la causa, excluyendo toda representación psicológica al respecto.

Las teorías objetivas quedan encerradas en un callejón sin salida. De esta manera cuando el fin, interés o función económico-social es el querido por las partes, se recae en la faceta subjetiva de la misma teoría objetiva. Cuando se la define como la función económico-social o práctica del negocio mismo, se le identifica con el contenido del negocio; cuando se la considera como la función jurídica, se le confunde con el negocio en su totalidad (relación negocial.) De uno u otro *modo se coincide con la teoría anticausalista al confesarse implícitamente que la causa no es un requisito ni un concepto con propio significado.*

736 DE CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 182.

Esta dirección subjetiva que valora la voluntad individual, puede ser calificada de individualista y liberal; mientras que la objetivista (teorías de la causa función), de legalista (proclive al positivismo, a los partidarios del poder fuerte del Estado, y a los de cualquier forma de totalitarismo). Pero lo que las separa en la práctica, es la amplitud que una deja al control judicial para calificar el carácter del negocio y que la otra procura limitar al máximo.[737]

De otra parte, podemos enunciar algunas apreciaciones concluyentes con respecto a las teorías objetivas de la causa, en general, así:

1. Las teorías de la causa función (ya sea función económica-jurídica de Coviello, o económico-social de Betti, o función jurídicamente relevante de Scialoja, o causa-resultado, etc.), no hacen sino referirse a la misma estructura del negocio en su constitución onerosa o gratuita, por lo cual la causa siempre se confundirá con el objeto, o el juego de contraprestaciones, o el *animus donandi*, según el negocio en tratamiento.
2. Estas teorías resucitan las nociones objetivas de la teoría clásica de la causa, por lo tanto siguen su huella de ser falsas e inútiles.
3. Dichos planteamientos son ilógicos, por cuanto subsumen la función típica del negocio (que no es sino el negocio mismo) dentro del mismo acto jurídico a modo de elemento esencial.
4. La verdadera función social no tiene nada que ver con la función social o socialmente relevante de estas teorías italianas, sino con un criterio conquistado por la humanidad, en virtud del cual se contrapesa la voluntad individual omnímoda con el factor social propio del Derecho.

737 DE CASTRO Y BRAVO, 1985, p. 179.

5. El presunto papel tipificador que petende alcanzarse mediante estas orientaciones, puede obtenerse mediante otros elementos como la estructura del negocio en particular que responde a la misma voluntad de las partes.
6. Estas teorías no responden a satisfacción por los casos de causa ilícita, por cuanto su causa siempre será lícita, ya que es típicamente contemplada por la ley.
7. Dichas teorías representan una superafectación de la realidad, son hiperabstractas, falsas e inútiles, y no se haría ningún daño a la legislación si ésta se librara de aquéllas.

8. CONCLUSIONES

1. Existen dos vertientes dentro las teorías objetivas italianas de la causa: la de la función económico social y la de la función jurídica. Dentro de la primera tenemos como contribuyentes a Scialoja, Coviello, De Ruggiero, Duguit, hasta desembocar en Betti, para luego seguir con otros autores que retocan esta teoría. Dentro de la segunda versión, tenemos a Pugliatti y Trimachi, entre otros.
2. Por su parte, Scialoja cree que la causa se presenta como la función social del negocio (función social útil), razón suficiente de su tutela jurídica, sin embargo, no predica una teoría abiertamente objetiva de la causa del negocio jurídico, sino que su concepción participa de una faz subjetiva, así es que esa causa objetiva debe hallarse también en el ánimo de las partes, es decir, existe una faz subjetiva de la causa, la misma que coincide, en términos prácticos, con su aspecto objetivo.
3. Coviello cree que la causa clásica es la función económico-jurídica del negocio y De Ruggiero la denomina función económico-social, en el entendido de que esta función social

es un concepto enteramente diferente al de Scialoja, Betti o Duguit.

4. Para Duguit la función social de la propiedad y su concepción con respecto al derecho, es expresión de la ideología de su tiempo, por lo cual resulta que sus ideas participan de una carga socializante y totalitaria que asume al hombre no como un fin sino como un medio del engranaje societal.
5. Betti cree que la causa es la función económico-social que responde a un criterio social validante de la vinculatoriedad del negocio jurídico, antes del reconocimiento jurídico, enancado en la conciencia social. Sin embargo, predica la existencia de esta causa como fin práctico típico, con subsunción en el esquema legal-normativo y que en sí constituye el mismo negocio jurídico. Cree que existen dos clases de tipicidades: la legal y la social; esta última se reconduce a la conciencia social como base de su reconocimiento jurídico, sin embargo, tal factor depende de la valoración de los operadores jurídicos quienes determinan cuándo una situación merece tutela jurídica o no. Por lo cual resulta super-erogatoria toda alusión a la causa entendida como la síntesis funcional de los elementos esenciales del negocio, siendo suficiente con la licitud.
6. Los autores posteriores a Betti no siguen al pie de la letra su teoría según la cual la causa es la función económico-social que tiene efecto vinculante por razón de la conciencia social, aún antes de la receptación positiva. Es así que surge toda una gama de planteamientos que asumen la causa desde una perspectiva objetiva, identificándola con la función socialmente oportuna (Passarelli), socialmente apreciable (Trabucchi), provechosa y no contraria al interés general (Messineo), socialmente digna (Galgano), socialmente seria (Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli), que responde a las necesidades del ambiente y el

momento, que protege al más débil de los contratantes y no es contraria al orden jurídico en su totalidad. Sin embargo, este pretendido nuevo concepto que se presume supera al de Betti por considerarlo limitativo de la autonomía privada, cae nuevamente en una estructura doctrinal muy parecida a la del autor primigenio. Y es que, ya sea que se asuma la causa como una función socialmente relevante, en base a criterios de conciencia social, bajo el título de función económico-social, se tratará de lo mismo cuando, mediando ciertos *aggiornamentos*, se diga que tal causa no es sino la función socialmente digna, seria, provechosa, oportuna, apreciable, etc. En realidad, se llega al punto en el cual la función social es recogida por diversas canteras doctrinarias, pero rotulada de diferente manera. Todas ellas descienden del mismo tronco común y no hacen sino interpretar muy sutilmente la misma realidad. En verdad, no se trata sino de la causa objetiva, de la función social del negocio jurídico que, con ciertos matices, no representa sino una subsunción de esta función social a la función jurídica, por cuanto la consideración normológica será la que brinde andamiaje suficiente para la tutela legal de la operación, por lo cual la *voluntas legis* será la que ejerza su labor contralora.

7. La función social del negocio es un reflejo de la función social de todo el derecho en general, que puede sustanciarse a través de la licitud (que engolfa la legalidad y la nulidad virtual: respeto al orden público y buenas costumbres), y que puede abarcar la función típica del negocio que tiene un doble papel: encasillar y caracterizar los negocios, y dar contenido a los mismos. Ahora bien, no debe incluirse esta función típica del negocio dentro de la función económico-social de las posturas italianas objetivas, ya que éstas hacen de sobredicha función típica, un elemento esencial dentro de la estructura del contrato a modo de precepto

validante y vinculante de la validez de tal negocio, lo que no es cierto porque muchos contratos socialemente irrelevantes, y hasta meramente individuals, son receptados en la contextura contractual.

8. La función típica del negocio jurídico no es la causa del mismo a modo de función económico-social, que constituya el basamento de la tutela jurídica. Además, esta concepción sólo ampara el interés del acreedor hecho valer en juicio para que se cumpla la promesa, y no el interés del promitente. Otro error de la teoría de la función económico-social consiste en que las limitaciones a la voluntad de contratar responden no a la voluntad de los contratantes como unidad orgánica, en atención al interes social, sino sólo al interés del acreedor.
9. El concepto positivo de contrato "socialmente útil o productivo" quedareducido al *negativo* de contrato "no socialmente dañoso o ilícito". De esta forma, el concepto de contrato ilícito, o de contrato en principio ilícito o socialmente permitido en determinadas circunstancias, es más que suficiente para explicar todos los casos de nulidad por deficiencia de la causa, sin necesidad de recurrir a una teoría o requisito general de la función económico-social.
10. Messineo considera que tanto la causa función (que identifica la causa con el mismo contenido funcional del negocio determinado), como la causa-resultado (que ve la causa en cada parte contratante), no hacen sino reproducir el mismo contenido típico del negocio. Asimismo, nunca podría llegar a ser ilícita una causa entendida de una u otra manera, por tratarse del contrato mismo.
11. Desde la orientación de la causa entendida como función jurídica, Pugliatti llega a construir su concepto de causa del negocio, rechazando las posturas subjetivas, asumiendo el

criterio objetivo que asume el esquema negocial prodigado por el tipo normativo, es decir que la causa no vendría a constituir más que la síntesis unitaria de los efectos jurídicos determinados por la norma en cada tipo de contratos. En resumen, la causa no es más que el tipo caracterizado por la norma jurídica, sin olvidar que esta causa constituye un elemento esencial dentro del enjambre negocial.

12. Asimismo la teoría de Pugliatti representa un pálido reflejo de la teoría clásica de la causa, con sus obvios matices singulares. De la misma forma, los contratos atípicos ingresan a la trama negocial a través de la combinación de los contratos típicos, en lo que se llama los contratos mixtos. Es así que su teoría de la causa como función jurídica del negocio, reproduce el tipo o esquema legal del mismo, pudiendo prescindirse de esta postura que asume la causa como elemento esencial de la estructura del negocio jurídico.

13. Pugliatti cree que la causa es el mismo esquema jurídico legal conformado por la síntesis de los efectos jurídicos, vale decir, el mismo tipo normativo. Asimismo, considera que la figura de la causa ausente se da no cuando falta todo el esquema negocial formal, sino cuando existe una inadaptación de algún elemento contractual con el tipo legal, lo que en realidad es una remisión a los defectos del objeto del negocio. De la misma suerte, los casos de causa ilícita serán los de objeto ilícito, y en cuanto se refiere a los negocios atípicos o innominados, éstos resultan de la combinación de dos o más contratos típicos.

14. La causa hiper sincrética resulta también falsa e inútil como son falsos e inútiles sus compenentes procedentes representados por la vertiente objetiva de las doctrinas italianas y subjetivas de las neocausalistas francesas.

Capítulo X
EL OBJETO

1. Antecedantes del Objeto. 1.1. Breve Aproximación Histórica.1.2. Escarceo Terminológico. 2. El Objeto del Acto o Negocio Jurídico. 2.1. Distintas Acepciones. 2.2. Distinciones. A). La Relación Jurídica como Objeto del Negocio. B). La Prestación como Objeto del Acto o Negocio Jurídico. C). La Cosa como Objeto del Acto Jurídico. 2.3. Objeto Genérico y Objeto Específico. 2.4. Objeto Mediato y Objeto Inmediato. 2.5. El Objeto en el Código Civil Peruano de 1936. 3. El Objeto del Contrato. 3.1. El Acto Jurídico y el Contrato. 3.2. La Relación Jurídica Obligacional como Objeto del Contrato. 3.3. La Prestación como Objeto del Contrato. 3.4. El Bien como Objeto del Contrato. 3.5. El Fin del Contrato como Objeto. 3.6. El Contrato como Norma frente a la Obligación. 3.7. El Objeto del Contrato en la Praxis. A). Contrato de Compraventa. B). Compraventa de bien mueble con pago al contado. C). Countertrade. D). Insurance. E). Sponsorship. F). Corretaje. G). Factoring. 4. El Objeto de la Obligación. 4.1. La Prestación como Objeto de la Obligación. 4.2. El Bien como Objeto de la Obligación. 5. El Objeto de la Prestación. 6. Requisitos de Validez del Objeto en General. 6.1. Basamento Legal. 6.2. De la Posibilidad Física y/o Jurídica del Objeto. 1º El Tratamiento de la Obligación como Objeto. 2º De la Posibilidad Física y/o Jurídica de la Prestación. 3º De la Imposibilidad Jurídica y la Ilicitud. a). Contratos llegales. b). Contratos Prohibidos. c). Contratos Inmorales. 4º. De la Posibilidad Física y/o Jurídica de los Bienes. a). De la Incomercialidad de las Bienes. b). De la Indeterminabilidad de los Bienes. 7. Caso de las Casas de Tolerancia. A). Definición de la Prostitución. B). Historia de la Prostitución. C). Posiciones frente a la Prostitución. 1). El Prohibicionismo. 2). Posición Abolicionista. 3). El Reglamentarismo. 4). La Autodeterminación. D). Tratamiento Legal del Meretricio en el Perú. a). Carácter Punitivo. b). Sistema Legislativo, c). La Prostitución como Comercio en el Perú. d). Medios de Comunicación. e). Los Lenocinios en Arequipa. f). Proyecto Concejal. 8. La Causa y el objeto. 9. Orden Público

y Buenas Costumbres, 9.1. Orden Público. 9.2. Buenas Costumbres. 9.3. Orden Público y Buenas Costumbres en el Caso Peruano. 10. Conclusiones.

1. ANTECEDENTES DEL OBJETO

Una de las razones por las cuales hemos asumido el tratamiento del objeto en un capítulo separado e independiente es, entre otras, la profunda relevancia que esta institución posee en el seno del complejo negocial, influjo que llega a usurpar muchas veces el lugar que ciertos sectores de la doctrina se empecinan en reservar a la causa ya sea en sus versiones clásica, objetiva, subjetiva, bilateral o sincrética.

De esta manera, resulta no sólo necesario sino hasta imprescindible abordar este capítulo en forma separada, como lo hicimos con la figura del error, para entresacar conclusiones esclarecedoras que iluminen el debate en cuestión.

1.1. Breve Aproximación Histórica

Dentro del Derecho Romano, el objeto es visto como el segundo elemento esencial del contrato, es decir, *el debitum* o prestación que puede recaer en el *dare* (que consistía en transmitir la propiedad), *facere* o *praestare* (ejecución de una prestación); siendo legalmente inexistentes los contratos por razones morales o de orden público, como la promesa de cometer un delito. ¿En suma, el objeto de la obligación viene a responder la pregunta quid debetur? (¿qué es lo que se debe?).

Posteriormente en el derecho histórico francés, el Código Civil Francés confundió, siguiendo a Pothier, el objeto del contrato con el objeto de la obligación; de esta manera se vería el objeto del contrato en una cosa o un bien material. Lo mismo ocurrió entre la causa de la obligación y la del contrato, en que la teoría de la causa de la

obligación quedó insaculada -como recordaremos- en la teoría del contrato.

Inicialmente la doctrina ve el objeto de las obligaciones en las cosas, lo mismo que sucedía en los Derechos Reales con un carácter eminentemente real e inmediato, frente a una tipología indirecta y mediata del Derecho de las Obligaciones que se enfoca en el objeto de las obligaciones referido a servicios y no a cosas.

De esta manera al no poder existir una relación jurídica entre persona y cosa, ya que sólo podía darse entre personas, donde el objeto de las obligaciones sería entonces la prestación o la conducta propiamente, que era la única susceptible de contravenir un precepto imperativo de *ius cogens* y por ende ser ilícita de modo que el objeto de la obligación no podría ser la cosa por cuanto una material de esta naturaleza es insusceptible de gozar de las categorías de licitud o ilicitud al no ser una entidad moral.[738]

1.2. Escarceo Terminológico

La voz objeto deriva del latín escolástico "*objetum*" que significa "*lo que está colocado delante*" (del antiguo verbo "objicere" -poner delante-.)[739] Otra interpretación ve en el "objectum-i" un cuerpo material, real colocado frente a uno; o también la forma sustantivada de *objectus, -a. -um*, que es el participio pretérito de *obicio, -ere*, que se traduce como "*tirar frente a, o delante de*" (compuesto de *ob* "*enfrente*" y de *iacio, -ere*, "*tirar*").[740]

De esta forma el objeto resulta ser aquello que se encuentra frente al sujeto, no siendo obviamente éste. Puede tratarse, según el ángulo de análisis, de una cosa, ente, pieza, materia, masa, obra,

738 OURLIAC y DE MALAFOSSE, 1960, pp. 262-284.
739 CAPITANT, 1986. p. 391.
740 COUTURE, 1983. p. 427.

substancia, fin, finalidad, término, propósito, intento, intención, idea, causa, motivo, móvil, logro, mira, porqué, etc.[741] "En última instancia, es una cosa del mundo exterior o la actividad de una persona."[742]

Con este ramillete de acepciones del concepto objeto tenemos una multiplicidad de ideas, incluso algunas de ellas concomitantes a la noción de causa, lo que podríamos comprobar también al revisar los significados múltiples del significante causa en el capítulo primero. Ello obliga a una investigación minuciosa y pormenorizada que arroje un resultado satisfactorio en torno a la trabazón causa-objeto materia de este capítulo.

Sin embargo, jurídicamente hablando podemos tener precisiones más técnicas con respecto a este oblongo concepto, pero, aun así, tendremos que desbrozar mucha maleza para saber a qué tipo de objeto nos estamos refiriendo, es decir, si nos encontramos frente al objeto del derecho, o del acto o negocio jurídico, o del contrato y hasta de las obligaciones y prestaciones.

Pero no por estar dentro de los trebejos jurídicos, vamos a pensar que la situación es pacífica y sin discusión, todo lo contrario; así por ejemplo, desde diferentes sectores doctrinarios el objeto del acto o negocio jurídico puede ser entendido como la relación jurídica que sea crea, modifica o extingue, la misma que puede ser crediticia, personal, familiar y hasta obligatoria. De la misma forma, el objeto del contrato puede ser visto como las obligaciones -otros estimarán que el contrato no tiene objeto sino sólo es causa eficiente de las obligaciones que constituyen su contenido-, mientras que el objeto de la obligación estaría constituido por la prestación.[743] Sin embargo, este objeto de las obligaciones estaría definido por lo que debe el

741 "DICCIONARIO DE SINONIMOS Y ANTONIMOS", 1988.

742 PUIG PEÑA, 1946, p. 23.

743 MARTY, 1952, 1952, p. 86.

deudor: en la obligación de dar el objeto sería una cosa; y en la de hacer, un hecho (positivo si se trata de una acción o negativo si es una abstención).[744] Aunque otros piensen paralelamente que el dar o el hacer no pueden ser el objeto de la obligación sino de la prestación, por lo que correctamente se hablaría de objeto de la obligación con prestación de dar o del objeto de la obligación con prestación de hacer u omitir, siendo respectivamente la cosa o la acción (que incluye la omisión).

Nuevamente nos encontramos frente a una pléyade de tratamientos que es necesario tratarlos metódica y pausadamente, no obstante, adelantamos comentario en el sentido de que el objeto muchas veces cubre con su accionar el de la causa. Así, en los contratos con causa ilícita o inmoral como eran la claque, corretaje matrimonial[745], seguro de vida[746], o la compra de un prostíbulo o los actos preparatorios y concomitantes a la explotación del mismo

744 ARTEAGA y ARTEAGA CARVAJAL, 1979, p. 30.

745 Por otra parte, la ilicitud o inmoralidad de la causa se comunica al acto mismo, y como los casos sujetos a controversia o evolución se tiene el contrato de claque (consistente en que un empresario de espectáculos contrata a un grupo de gente o claque a fin de garantizar el éxito de una presentación a través del aplauso de esta gente en momentos clave; a este respecto la jurisprudencia al principio rechazó este tipo de operaciones por considerarlas que influían negativamente en el criterio del público, pero luego la sociedad los cobijaría en su seno contractual, bajo ciertas condiciones básicas de existencia; o el contrato de corretaje matrimonial (consistente en que una empresa aseguraba la búsqueda de una pareja ideal para cualquier solicitante), dotando a la agencia matrimonial del mismo trato que el de un mandatario, así la Corte de Casación (27 de diciembre de 1944) falló expresando que el contrato de corretaje era válido pero sólo con dos reservas: 1. Que el corredor matrimonial no haya presionado sobre el consentimiento de los candidatos a través de maniobras reprensibles, y 2° que sus emolumentos no sean desproporcionados a sus gestiones.
Estos negocios en un primer momento fueron reprobados por poseer -según la jurisprudencia- una causa ilícita, sin embargo, el avance de los tiempos y consecuentemente la reordenación y evolución económico-social de las naciones, determinaron una flexibilidad en el control judicial sobre la moralidad de los negocios terminando por tolerarlos y aceptarlos bajo ciertas condiciones.

746 MARTY, 1952, 1952.

(revisados anteriormente), generan la nulidad contractual por la vía del objeto ilícito y no por la de la causa ilícita (haciendo algunos reparos con respecto a las casas de tolerancia, que será tratado más adelante en el presente capítulo). Esto acontece porque el objeto es visto como la prestación sobre la que recae un derecho, obligación o contrato,[747] situación que merece un estudio más detallado.

2. EL OBJETO DEL ACTO O NEGOCIO JURLDICO

En el rubro anterior manifestamos que el objeto era aquello que estaba puesto frente a la persona, de modo que podemos predicar, sustentados en esta premisa, que el objeto del Derecho es todo lo concreto o abstracto que no sea la persona humana[748], ya que ésta es sujeto y no objeto de derecho.

2.1. Distintas Acepciones

Ahora bien, decididos a enfrentar el objeto como materia del negocio o acto jurídico, éste puede ser conceptuado de distintas formas y hasta desde puntos de vista encontrados, así unos la ven como la realidad sobre la que el negocio versa, la materia de ésta, es decir, bienes, utilidades, intereses o relaciones sobre las que recae la voluntad negocial.[749]

Para ello es muy importante tener claro que al referirnos al negocio jurídico, estamos aludiendo a los negocios jurídicos tanto en su estructura patrimonial como extrapatrimonial. Algunos autores, en esta senda, creen que sólo puede existir objeto en los negocios patrimoniales ya sea "inter vivos o mortis causa" (pero no en los negocios personales) porque sólo los primeros hacen surgir relaciones

747 FLORES POLO, 1987, p. 257.
748 PEREZ CABALLERO, 1987. p. 117.
749 ALBALADEJO, 1958, p. 193.

entre personas y cosas; mientras que en los segundos únicamente surgen relaciones entre personas. De esta forma considera Stolfi[750] difícil encontrar un objeto para el matrimonio, porque las obligaciones nacidas de las nupcias, como son la cohabitación, fidelidad y mutuo auxilio, no conciernen a los bienes sino a las personas.

Ante ello, cabe precisar que ninguna relación jurídica puede existir entre una persona y una cosa, ya que ésta se da sólo entre personas[751] (no puede darse una relación entre otros entes).[752]

Con Lohmann[753] distinguimos una multiplicidad de versiones con respecto a este pretendido objeto, el que puede ser enfocado como:

- Contenido del negocio donde el objeto no es visto en cada negocio en particular sino como contenido propio de cada especie genérica de negocio, fácilmente confundible con la causa, como en el testamento en que su objeto será el acto de transferir *mortis causa*.
- Otra acepción ve el objeto en la cosa, y es el caso del Código Civil francés que en el artículo 1126 dice: "Toda obligación tiene por objeto una cosa que una de las partes se obliga a dar, hacer o no hacer"; por otro lado se puede confundir el objeto con el bien como realidad utilizable, aprovechable y apropiable, pero con la imposiblidad de aplicar este concepto a toda la teoría del negocio jurídico por su estrechez, como el caso del mandato o arbitraje o la constitución de una asociación.
- También puede ser visto el objeto en la persona, -versión que no compartimos- ya que en ciertas oportunidades, como en la

750 STOLFI, 1959. p. 19.
751 LIZARRAGA, 1996, pp. 28 y 29.
752 ARMAZA GALDOS, 1993, p. 29.
753 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, pp. 74 -76.

transferencia de un jugador de fútbol, o la venta o donación de sangre, lactancia, venta de órganos, etc., es la persona la que constituye el objeto. Realmente la prestación puede ser también catalogada de objeto.

Obviamente cada acepción tiene su particular explicación, razonable y hasta plausible en muchos casos, pero la que no respaldamos, de antemano, es aquella que ve en la persona el objeto del acto jurídico, por cuanto en el caso citado como ejemplo, es el servicio exclusivo de un jugador de fútbol y no la persona misma la que constituye materia del contrato de transferencia; caso distinto puede ser la operación sobre venta o donación de órganos de una persona, los que sí pueden ser catalogados de objeto. De la misma forma, tampoco podrá ser objeto de un negocio el transferir la clientela de un abogado o un médico a otro, por cuanto la gente ha contratado con este profesional en atención a la confianza depositada en él; lo que sí se podría hacer es obligarse a transferir una oficina u obligarse a no laborar en determinada circunscripción territorial.

2.2. Distinciones

En el objeto del negocio hay que distinguir el objeto del contrato -aunque para algunos el contrato no tiene objeto sino sólo contenido- del objeto de la obligación, donde el primero estaría constituido por la creación de la obligación y el segundo por la prestación debida (hecho positivo o negativo).[754] Sólo que por economía del lenguaje se habla de la prestación en sí como objeto del negocio, cuando éste es el objeto de la obligación.

a) La Relación Jurídica Como Objeto del Negocio

Ahora bien, mas allá de consideraciones generales que responden a la concepción que cada autor pueda crear en función al

754 MONROY CABRA, 1983, p. 449.

sistema legislativo que tiene enfrente, y ante el cual el mismo código representa un epifenómeno, hay que analizar, interpretar, remozar y estudiar estas instituciones guiados por principios y por paradigmas vitalistas.

Así, se piensa que existe un objeto del acto jurídico constituido por la relación jurídica que se crea, modifica o extingue.[755] Sin embargo, cada acto particular tiene su específico objeto que difiere del de los otros actos, como por ejemplo en el mutuo el objeto específico estaría constituido por la tradición de una cosa fungible que le hace el mutuante al mutuario y por la obligación de este último de restituir la cosa.

En este ejemplo observamos claramente que el objeto reemplaza la concepción clásica de la causa en torno a los contratos unilaterales, en que se reputaba su existencia como la obligación del mutuario de restituir la cosa que el mutuante primigeniamente le entregó, confundiéndosele con la causa genética y ahora con el objeto específico del contrato en cuestión.

b) La Prestación Como Objeto del Acto o Negocio Jurídico

Otros reputan el objeto del acto jurídico a los hechos humanos, las prestaciones, conductas humanas que sirven de contenido a toda obligación, no pudiendo recaer tal objeto, por ende, en una cosa.[756] En otras palabras estamos frente a la prestación adecuada.[757]

Sin embargo, esta alusión del objeto a una prestación, en última instancia recae en un elemento material, ya que el objeto o el contenido de las prestaciones de dar, hacer u omitir está constituido bien por una cosa o por una acción (positiva o negativa).

755 OSPINA FERNANDEZ y OSPINA ACOSTA, 1980. pp 32-38.

756 SPOTA, 1980. p. 8.

757 BORDA, sf, p. 418.

Por otro lado, pese a que el objeto del acto jurídico sea una condición de existencia de éste, en último término este objeto se reconduce por una materialidad, la que puede ser una cosa o un servicio o un derecho o interés, como por ejemplo en la tradición el objeto del acto jurídico es el derecho transferido, el que debe ejecutarse sobre una cosa, ya que sin esta cosa material no hay derecho y no habrá tradición por falta de objeto.[758] Así también, ello no perjudica el discurso inicial cuando se sostiene que la prestación no siempre desemboca en una cosa, sino también en una acción u omisión como en aquellos contratos en que una persona se compromete a no hacer determinada actividad o a realizar específica acción, o en aquel otro por el que una parte goza de un servicio ejecutado por parte del otro.

c) La Cosa Como Objeto del Acto Jurídico

Como ya lo explicamos anteriormente, existe un sector doctrinario que ve el objeto del negocio en las cosas. A este respecto es menester anotar que las cosas vienen a representar bienes materiales, mientras que los bienes inmateriales serían los derechos, por lo que una concepción más amplia podría insacular tanto cosas como derechos dentro de la categoría más amplia de bienes. En el Código Civil francés se decía (artículo 1126): "Toda obligación tiene por objeto una cosa que una de las partes se obliga a dar, hacer o no hacer."

De modo que queda entendido que por una interpretación muy amplia el bien quedaba involucrado en el objeto del negocio en vez de ser el objeto de la prestación.

2.3. Objeto Genérico y Objeto Específico

El *objeto genérico* es una intención abstracta de participar en la regulación de las relaciones sociales, en ejercicio de la facultad

758 ALESSANDRI RODRIGUEZ, 1936, p. 110.

conferida para ello a los particulares, por el postulado de la autonomía de la voluntad privada; mientras que el *objeto específico* es un contenido determinado de cada acto, conformado por las regulaciones voluntarias de los agentes o por normas supletorias de la voluntad deficiente o faltante, según la naturaleza de cada acto.[759]

De esta forma, el objeto genérico entendido como intención abstracta de participar en el tramado negocial tejiendo relaciones jurídicas a partir del principio de autonomía contractual, mas la norma que las partes imponen en el seno del negocio particular yuxtapuesto a la regla supletiva, puede quedar representado en la primera fase del esquema propuesto por Lohmann,[760] para quien el acto jurídico busca establecer una norma que regule intereses privados propios (con la salvedad de las declaraciones de voluntad derivadas de la representación y de la gestión de negocios), es decir, que el objeto del acto se traduce en la consecución de un precepto de autonomía privada, precepto o norma que el derecho valora y acoge en función de los intereses por satisfacer.

Seguidamente propone la segunda fase constituida por la materia (bien o conducta), con que se satisface o componen los intereses o se cumplen las prestaciones, o simplemente constituido por estos intereses, como en aquellos negocios constitutivos de sociedad mercantil, donde su objeto no es una cosa ni un bien, ni un servicio ni un derecho, sino el interés de armar capitales o esfuerzos para lucrar; o el objeto del contrato de seguro que será el interés de protegerse frente a un siniestro; o el objeto de la transacción que es regular conductas.

759 OSPINA Y OSPINA, 1980, p. 246.

760 LOHMANN LUCA DE TENA, 1986, pp. 59-60.

2.4. Objeto Mediato y Objeto Inmediato

Hasta este momento tenemos tres nociones que es preciso aclarar con respecto al objeto del negocio jurídico: por un lado tenemos que el objeto del acto jurídico es la relación jurídica, la prestación y finalmente los bienes, derechos, intereses, servicios o abstenciones. De ahí que se hable del *objeto inmediato* del acto jurídico costituido por la relación jurídica y el *objeto mediato* que es la prestación conformada por los bienes, derechos, intereses, servicios y abstenciones.

Al respecto Torres Vasquez[761] piensa: "De allí que impropiamente hablando podemos decir que cuando nos referimos a la prestación como objeto de la relación jurídica estamos refiriéndonos al objeto del acto jurídico, o cuando hablamos de los bienes, del hacer o de la abstención como objeto de la prestación, estamos hablando también del objeto del acto jurídico en general o, por ejemplo, del contrato en particular."

En esta impropiedad cae la doctrina de Vidal Ramírez[762] cuando se refiere al objeto como los bienes, relaciones o intereses sobre lo que recae la manifestación de voluntad. Es decir, las tres categorías están mezcladas y puestas en el mismo continente, sin discriminación alguna. Entiende por bienes, los elementos corporales susceptibles de apreciación económica; los intereses son tomados en cuenta en sentido jurídico y no crematístico; y la relación jurídica es asumida como las vinculaciones y vicisitudes que da lugar el acto jurídico. Sin embargo, en otro texto[763] el mismo autor refiere que el objeto del acto jurídico se resume en la relación jurídica que se crea, regula, modifica

761 TORRES VASQUEZ, 1994, p. 298.
762 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 100.
763 VIDAL RAMIREZ, s.f. p. 168.

o extingue. Estimamos que ambas lecturas deben interpretarse sistemáticamente.

2.5. El Objeto en el Código Civil Peruano de 1936

Finalmente, concluyamos este pasaje revisando el artículo 1075 del Código Civil Peruano de 1936 (actual artículo 140 del Código Civil de 1984), donde el objeto gozó de una significación amplia que englobaba tanto el elemento material como la finalidad de la operación negocial (dada la posición anticausalista de Manuel Augusto Olaechea).[764]

El objeto debe ser proyectado tanto para los actos jurídicos patrimoniales como para los extrapatrimoniales, vale decir que ha de ser entendido en su ancha *significación*[765], no reduciéndola a la consideración de la cosa material sino insaculándola dentro de la estructura de los negocios patrimoniales (inter vivos o mortis causa), así como los personales, proponiendo como ejemplos al respecto: el objeto del matrimonio, integrado por los deberes de fidelidad, cohabitación y asistencia; en el reconocimiento de hijo, el objeto estaría en la relación paterno-filial; en el negocio asociacional, el crear un ente social; en la emancipación, atribuir un nuevo status a la persona. Vale decir que todos los actos tienen un factum, un aliquid, un algo, un contenido patrimonial o no.

Y antes de concluir este apartado, es necesario referirnos a la trabazón entre la causa del negocio con este subtipo de objeto del negocio o del acto. Como hemos visto, el objeto auténtico de los negocios es la creación, modificación, regulación o extinction, de alguna relación jurídica, la misma que en los efectos prácticos constituye la noción de causa final desde la perspectiva de la causa-función. Por ejemplo, en el acto de reconocimiento de hijo, tanto el

764 VIDAL RAMIREZ, sf, p. 166.

765 LEON BARANDIARAN, 1991, p. 58.

objeto del negocio como la función del mismo coinciden en la creación de una relación paterno-filial; de la misma forma si revisamos el negocio constitutivo de sociedades, donde tanto la causa-función como el objeto de la operación confluyen en la creación de un ente social, lo mismo ocurre con la emancipación, etc., por lo que el concepto causal resulta en este extremo super-erogatorio.

De esta forma concluimos el tratamiento del objeto del negocio o acto jurídico, vamos ahora a referirnos al objeto del contrato y luego al de la obligación.

3. EL OBJETO DEL CONTRATO

Antes de ingresar al grueso de la explicación sobre el objeto del contrato -según la cantera filosófica en cuestión-, es preciso tender el puente doctrinal que ligue el contrato con el acto o negocio jurídico.

3.1. El Acto Jurídico y el Contrato

Como sabemos, el acto jurídico es la manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas (art. 140 del C.C. Peruano de 1984.)[766] De modo que es preciso enfocar la atención en los actos jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales.

Pueden haber actos jurídicos que creen relaciones jurídicas de carácter extrapatrimonial como las relaciones personales (nombre, domicilio, vida, honor, etc.), o familiares (alimentos -con notas

766 La doctrina del negocio jurídico piensa que éste es un supuesto de hecho cuyo contenido es una declaración de voluntad cuyos efectos jurídico-prácticos son otorgados por el ordenamiento jurídico. En todo caso, como lo veremos en otro apartado, el punto de coincidencia, entro la teoría del acto y la del negocio jurídico, radica en la declaración de voluntad -matizado por el factor social-, y el punto de divergencia se enanca en precisar quién otorga los efectos jurídicos: el ordenamiento jurídico o las partes.

particulares-[767] , filiación, sociedad conyugal, etc.), o relaciones jurídicas patrimoniales no obligacionales como las reales (cuyo objeto son los bienes) o sucesorias (patrimonio dejado por el causante, pudiendo faltar éste). En este entorno algunos tratadistas piensan que el objeto de todas estas relaciones son derechos y utilidades, y como tales bienes (pretenden ver el objeto del acto jurídico coincidentemente con el objeto de la relación jurídica: bienes o utilidades).[768]

Ante esta postura debemos responder que no siempre es un bien la materia de que se compone el acto jurídico patrimonial o extrapatrimonial, pudiendo recaer éstos en servicios o intereses o simples prestaciones omitivas como lo sostuvimos en el rubro anterior.

Ahora bien, dentro de la teoría del contrato, se define a éste como el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (Art. 1351 del Código Civil Peruano de 1984). El contrato, viene a ser la forma más frecuente de los actos o negocios jurídicos, con el que a diario nos tropezamos.

Tenemos, en realidad, múltiples teorías sobre el objeto del contrato, así:

- La postura que ve que el contrato no tiene objeto, sólo efectos (Valverde y Boulanger): Para Colin y Capitant el contrato no tiene objeto.[769] El contrato es un acto jurídico que produce el efecto de crear obligaciones ya a cargo de las dos partes, ya a cargo de una de ellas.[770]

767 LIZARRAGA, 1996, pp. 27-58.
768 ARMAZA GALDOS, 1993, pp. 63-67.
769 COLIN y CAPITANT, 1941, p. 645.
770 DIEZ-PICAZO, 1983, p. 145.

- Otra que cree que el contrato es una especie de acto jurídico y que por lo tanto inevitablemente tiene un objeto lícito.
- La teoría que considera el objeto del contrato como la creación, modificación, regulación o extinción de una obligación (Josserand, Planiol, Messineo, etc.).

Veamos, enseguida, estas posturas.

3.2. La Relación Jurídica Obligacional como Objeto del Contrato

De esta manera haciendo una elemental coincidencia lógica, el objeto del contrato como acto jurídico patrimonial será una relación jurídica (objeto del negocio jurídico) que se crea, modifica, regula o extingue, y en suma se trataría de una relación jurídica obligacional, vale decir que el objeto de los contratos son las obligaciones: el objeto inmediato y directo del contrato es la obligación misma que nace por efecto del contrato.[771]

Pero no es suficiente decir que el objeto del contrato es la operación jurídica que las partes pretenden realizar -como lo hacen los Mazeaud[772]- sin manifestar de qué operación se trata.

No obstante ser el objeto del contrato el crear obligaciones, no se piense que se dejan de lado los derechos, sino que ambos permanecen engolfados en una categoría única e indivisible, siendo el derecho el correlato de la obligación.[773]

En este mismo sentido algunos autores podrían arribar a posturas que se desentiendan de la relación jurídica como objeto del contrato, al considerar que la transformación de la fenomenología del derecho (crear, modificar, regular o extinguir derechos) es una consecuencia del contrato, no su objetivo. De esta manera, se pensaría

771 RICCI, sf, p. 50.

772 MAZEAUD, p. 1960, p. 278.

773 BARROS ERRAZURIZ, 1930, pp. 136-137.

que el objeto del contrato no consistiría en crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas, sino en los beneficios que puedan obtener las partes. Luego, se concluiría afirmando que el acuerdo de las partes tendría por objeto los bienes, intereses, provechos o ventajas, que para obtenerlos se podrían crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas.[774]

Sin embargo, esta postura confunde el objetivo de las partes, cual es la obtención de una ventaja o provecho a partir del negocio por construir, con el objeto del mismo. Esos intereses, provechos o ventajas pueden ser, obviamente, disímiles y plurales, de donde la motivación será también multívoca, por lo que, según esta teoría, estaría demás toda referencia a la motivación psicológica por cuanto ésta quedaría subsumida dentro de la estructura del objeto del contrato. Pero lo singular de este planteamiento consiste en emplear el negocio jurídico como un instrumento de los intereses de las partes, un elemento que las partes podrían o no utilizar, cayendo de esta manera en una negación de la función del acto jurídico.

Por otra parte, el objeto del contrato viene a ser una unidad pasiva de referencia, realidad sobre la cual el contrato incide. En esta senda, Betti centra el concepto de objeto en la idea de interés (*quod inter est*) de las partes que el negocio está llamado a reglamentar. Diez-Picazo contestaría:[775] "La idea de interés, sin embargo, es difusa. Interés tanto puede significar la relación objetiva del hombre con esta realidad que se presenta como útil, cuanto el móvil, apetito o fin subjetivado que mueve al hombre a actuar, a relacionarse con esta sutil realidad, a interesarse por ella. Debe, a nuestro juicio, sustituirse el concepto de interés por el concepto de bien, como aquella realidad susceptible de ulilidad y de interés. Circunscrito, sin embargo, el contrato al mundo

774 CUADROS VILLENA, 1997, pp. 11 y 12.

775 DIEZ-PICAZO, 1983, p. 146.

del derecho patrimonial, su objeto queda delimitado así por aquellos bienes susceptibles de una valoración económica que corresponde a un interés de las partes."

Como lo dijimos anteriormente, el tema del interés de las partes como objeto del contrato se presta a muchas interpretaciones, una de las cuales la adhiere a la motivación y por ende a la causa psicológica; sin embargo, esto no debe ser pábulo para afirmar que el objeto del contrato debe recaer sobre una realidad tan material como el bien, el que, si bien no se agota en la cosa, al englobar derechos, soslaya la prestación y la obligación.

Veamos ahora el objeto del contrato entendido desde la perspectiva de la prestación.

3.3. La Prestación como Objeto del Contrato

No está demás hacer una breve referencia a aquellas teorías que ven el objeto del contrato no en la obligación sino en las prestaciones o en los bienes. De suyo, la legislación francesa incurrió en la impropiedad de confundir el objeto de las obligaciones provenientes de los contratos con el objeto de estos: dar, hacer o no hacer algo es el objeto de las obligaciones.[776]

Así el artículo 1126 del Código Civil Napoleónico dice: "Todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar, o que una parte se obliga a hacer o no hacer" y el artículo 1101 agrega: "El contrato es una conversión por la cual una o más personas se obligan ante otra o varias más, a dar, hacer o no hacer alguna cosa."

De ahí resultaría que el objeto del contrato radicaría en la prestación o prestaciones impuestas por dicho contrato, pero también involucraría el bien objeto de la prestación de dar, por lo que

776 OSPINA FERNANDEZ y OSPINA ACOSTA, 1980, p. 246 y ss.

coexisten dos categorías dentro de la misma estructura, de un lado el objeto de la obligación en la figura de la prestación y de otro el bien objeto de la prestación de dar, por lo que el objeto del contrato estaría constituído tanto por la cosa material, como por un hecho o una abstención.

Desde esta perspectiva el objeto del contrato es percibido como el hecho o abstención que una de las partes, o ambas recíprocamente, debe realizar en beneficio de la otra.[777] Es decir, el objeto del contrato constituido por la obligación, es asumido, haciendo una economía del lenguaje y aplicando figuras elípticas de segundo y tercer grado, como la prestación tanto de dar, hacer o no hacer, o las cosas o servicios.[778]

Entre el objeto directo del contrato (crear o transferir derechos y obligaciones) y la cosa, otro sector doctrinal cree entender que la primera acepción es inútil e inexacta, ya que todos los contratos tendrían el mismo objeto, mientras que la segunda postura comprendería una porción limitada del objeto. De ahí que el objeto del contrato sea el objeto de la obligación creada por él, vale decir la prestación misma[779], la conducta, aquello a lo que está obligado el deudor que es a dar algo, hacer algo o no hacerlo.[780]

Sin embargo, podemos encontrar versiones de la prestación como objeto del contrato no referido a la conducta misma sino al contenido económico o patrimonial de tales prestaciones.[781] No obstante, ambas posturas desembocan en el mismo punto de considerar el objeto del contrato en la obligación derivada y no en la prestación objeto de la

777 ODERIGO, 1982, p. 253.
778 MARIN PEREZ, 1983, p. 176.
779 LAVALLE ZAGO, 1991, p. 133.
780 BEJARANO SANCHEZ, 1984, pp. 68-69.
781 ROMERO ZAVALA, 1999, p. 91.

relación, ya que la patrimonialidad del objeto es una característica por demás obvia que configura la naturaleza contractual de este tipo de actos jurídicos, ante cuya falencia estaríamos ante la presencia de otro tipo de negocios.

3.4. El Bien Como Objeto del Contrato

Por otro lado, otra postura ve el objeto del contrato no en la prestación, sino en el objeto de la prestación cuáles son los bienes o cosas[782] que existen o se espera que existan (haciendo una elipsis de segundo grado) pero que estén en el comercio de los hombres, y todos los servicios que no sean contrarios a la ley, a las buenas costumbres y a la moral.[783]

De otra parte, analizando el Código Civil español encontramos que según el artículo 1271, el objeto del contrato radica en cosas y servicios; y el artículo 1272 expresa que no podrán ser objeto del contrato cosas o servicios imposibles. Sin embargo, encontramos muchas objeciones a la consideración del objeto dentro del binomio cosa-servicio, como la que ve los contratos de cesión de créditos en que el objeto es un crédito, un derecho, una acción, un derecho subjetivo, un poder jurídico cuya titularidad ostenta una de las partes,[784] escapando tal objeto de la consideración sugerida.

De la misma suerte, en los contratos de asunción de deuda, el objeto no es ya la titularidad de un poder jurídico, sino la de un deber que mediante el contrato pasa de uno a otro sujeto; en el precontrato o contrato preliminar, el objeto del contrato es la conclusión del contrato futuro, actividad o comportamiento de las partes; en los contratos normativos, las partes atienden a preceptuar o reglamentar

782 MESSINEO, 1986, p. 149.
783 FLORES POLO, 1987, p. 257.
784 DIEZ-PICAZO, 1983, p. 143.

los contratos que en el futruo puedan establecerse; en los contratos de sociedad, el objeto es la actividad que se proponen desarrollar con finalidad lucrativa, para cuyo fin aportan bienes o dinero. De esta manera, Diez-Picazo[785] señala que la relación jurídica sobre la cual incide el contrato no es su objeto sino su efecto, en cuanto que la relación es una realidad derivada del contrato, producida por él y emanada del contrato. Las obligaciones son efecto y no objeto del contrato.[786]

Si analizamos bien estas objeciones del objeto del contrato como cosa o servicio, vemos que se incurre en lo que se pretende negar, vale decir que el objeto del contrato sería el derecho que se transmite, el poder sobre algo, la prestación, un comportamiento, una regulación, etc., de modo que dicho objeto estaría constituído no por los bienes sino por las obligaciones y hasta por las prestaciones, contra el propósito de Diez-Picazo de enfocar su atención en los bienes.

3.5. El Fin del Contrato como Objeto

En cambio otros tratadistas piensan que el contrato no tiene objeto ya que engendra obligaciones que es su fin.[787]

Por su parte este sector doctrinario piensa que se está confundiendo el fin del contrato con el objeto de éste, así Romero Zavala[788] piensa que los fines del contrato son el crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de modo que se aparta de la consideración de la relación jurídica como objeto del contrato.

785 DIEZ-PICAZO, 1983, pp. 144-145.
786 DIEZ-PICAZO y GULLON, 1984, pp. 46 y 47.
787 ALESSANDRI RODRIGUEZ, 1936, pp. 41-42.
788 ROMERO ZAVALA, 1999, p. 17.

Otros tratadistas[789] piensan que al ser las obligaciones el efecto de los contratos, éstos no pueden ser al mismo tiempo su objeto, por lo que el objeto del contrato estaría constituído por los bienes que comprenden las cosas (objetos materiales), los objetos inmateriales, y los hechos -positivos o negativos- sobre los que recae el contrato.

Particularmente creemos que, no por ser el contrato causa genética de las obligaciones, puedan dejar de ser éstas el objeto o la materia sobre la que versa el campo de acción contractual, por más que el fin del mismo sea este mismo objeto que se lo pretende analizar no desde la obligación sino de la prestación o del objeto de ésta.

3.6. El Contrato Como Norma Frente a la Obligación

Sin embargo, el contrato como acto jurídico patrimonial, constituye parte integrante del ordenamiento jurídico de un país, junto con las normas generales (leyes, costumbres, precedentes judiciales, principios generales, etc.), y las individuales (sentencias, resoluciones administrativas, laudos arbitrales, etc.), siendo los contratos normas particulares que regulan la conducta humana social: La norma es un mandato jurídico por lo que los ejemplos propuestos son los signos o formas sensibles -el continente- mediante las cuales se manifiestan las normas.[790]

En este sentido sería correcta la apreciación que ve en la creación, modificación, regulación o extinción de una relación jurídica obligacional la finalidad del contrato, confundiéndola con el objeto del mismo. El objeto del contrato recae en la obligación que crea, por lo que constituye una fuente de obligaciones (la ley y el delito son otras), es decir, que viene a ser su causa genética.

789 GASTALDI, sf, pp. 219-220.

790 TORRES VASQUEZ, 1994, p. 313.

Esto lo podemos apreciar claramente cuando Max Arias considera el objeto del contrato como un propósito[791] que desemboca en la creación, regulación, modificación o extinción de una obligación; sin embargo, agrega que una vez lograda esa intención, el contrato cumpliría básicamente su cometido y lo que seguiría sería la relación jurídica obligacional.

De la misma opinión resulta ser De la Puente y Lavalle[792] cuando dice: "El contrato cumple cabalmente su cometido al crear una relación jurídica, que es la finalidad buscada por el acuerdo de voluntades. Alcanzada esta finalidad, el contrato deja de existir porque no tiene otra función que desempeñar... El contrato al crear la relación jurídica cumple su función normativa, que es lo único que queda de él, y esta función normativa se incorpora a la obligación, formando parte de ella. El contrato no obliga; lo que obliga (valga la redundancia) es la obligación... La llamada comúnmente ejecución del contrato no lo es tal, sino ejecución de la relación obligacional creada por el contrato y desprendida de él."

Por su parte en la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código Civil Peruano de 1984 encontramos una nota sugestiva que vale la pena revisar: "Una vez constituída la obligación, o sea, cuando ya existe, se modifica o deja de existir, el objeto del contrato ha sido alcanzado plenamente, pues nada más es lo que buscaba. En efecto, si el contrato es una fuente de obligaciones, su objeto deberá ser la obligación y el objeto de ésta, a su vez, la prestación. Esta posición ha sido doctrinariamente sustentada por tratadistas como Baudry Lacantinerie y Barde, Giorgi, Josserand, Planiol, Ripert y Castán, entre otros."[793]

---

791 ARIAS-SCHREIBER PEZET, 1988. pp. 155 y ss.

792 DE LA PUENTE y LAVALLLE. 1993, pp. 290-291.

793 ROMERO ZAVALA, 1999, p. 243.

Sin embargo, Torres Vásquez discrepa con la opinión vertida que considera que una vez que el contrato crea la obligación desaparece (criterio de Arias y De la Puente), manifestando que si fuera cierto que, perfeccionado el contrato, éste se extingue y queda únicamente la obligación, cada vez que se presente la necesidad de interpretar el contrato, no habría cómo establecer el contenido y extensión de la obligación por falta de contrato que nos permita hacer la correspondiente interpretación, lo que demuestra que la función del contrato no termina con la creación de la obligación sino con la extinción total de ésta.[794]

Este criterio es compartido también por Romero Zavala (1999), quien piensa que el soporte de la obligación es el contrato y la obligación no puede subsistir sin él, siendo cosa distinta el que la obligación como producto de aquél, tenga prioridad y trascendencia por encima de él (p. 243).

De esta forma, vemos que tanto el efecto como la causa deben permanecer unidos y vinculados, que la función del contrato no se agota con la creación de la obligación y que, ante cualquier duda sobre los derechos y obligaciones de las partes, hay que analizar el contrato, el que permanece unido al objeto creado por él.

3.7. El Objeto del Contrato en la *Praxis*

Hasta ahora hemos concluido en que el objeto del negocio o acto jurídico radica en la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, y el objeto del contrato (como negocio o acto jurídico patrimonial) se enanca en la creación, modificación, regulación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales, vale decir de las obligaciones.

794 TORRES VASQUEZ, 1992, pp. 313-314.

Sin embargo, existen autores que en la teoría coinciden con este planteamiento, pero en la praxis, en el comentario del objeto de cada contrato en particular, borran con una mano lo que escribieron con la otra en una suerte de maniqueísmo deslumbrante. A continuación, veremos cómo es que algunos se mantienen firmes y otros desvían su discurso inicial.

a) Contrato de Compraventa

De la Puente y Lavalle[795] cree que el objeto del contrato es la obligación, que la prestación es el contenido de la obligación y la cosa o servicio es el OBJETO de la prestación.

En este sentido el bien susceptible de la compraventa es aquello capaz de producir a los hombres una utilidad y de ser sometido a su poder, siendo esta aptitud del bien y no su estructura física la que determina la atribución de la calificación jurídica. En esta senda, el bien puede ser corporal (cosa) o incorporal (derechos), aunque en realidad lo que se transmiten son los derechos como por ejemplo, en la venta de un cuadro el bien materia de la venta no es el cuadro sino el derecho de propiedad sobre el cuadro.

b) Compraventa de Bien Mueble con Pago al Contado

Max Arias trae a colación un modelo contractual sumamente interesante que parece desprenderse del anterior. En este subtipo de compraventa, el objeto del contrato es presentado de la siguiente manera:[796] "El vendedor se obliga a transferir la propiedad del vehículo... el comprador se obliga a pagar al vendedor..." Por lo que el objeto del contrato estaría en la obligación tanto de transferir la propiedad como de pagar al vendedor. Mientras que el bien y su precio constituirían el objeto de la prestación.

795 DE LA PUENTE y LAVALLE, 1999, pp. 33 y ss.

796 ARIAS-SCHREIBER PEZET y GUTIERREZ CAMACHO, 1999, p. 77.

c) Countertrade

El *countertrade* es un contrato de exportación de equipos de proyectos de llave en mano, como por ejemplo, una compañía japonesa proporciona una fábrica de automóviles a Bélgica, aceptando como pago los coches producidos por ella.[797]

De esta manera, si vemos otro ejemplo de contrato como el que versa sobre la producción de pastillas de jabón, el objeto de este tipo de contrato radicaría en una línea completa automatizada para la producción de este tipo de pastillas y su condicionamiento, así como la tecnología de esa producción y las patentes de producción de pastillas de jabón, incluyendo también piezas de recambio y de uso inmediato, documentación técnica y supervisión técnica.

Vale decir, que el objeto del contrato está, no en la obligación, sino en los bienes o servicios objeto de la prestación.

d) *Insurance*

El mismo autor en la clasificación general del contrato de seguros por su objeto, lo califica como el interés[798] que puede ser un bien determinado (como en el seguro de incendio sobre un inmueble), o un derecho determinado derivado de un bien (como en el seguro del acreedor hipotecario o prendario respecto del bien que es garantía), y sobre todo del patrimonio.

De la misma forma, el objeto del contrato radica en un interés que, a fin de cuentas, se proyecta sobre el bien materia de la prestación.

e) *Sponsorship*

En este tipo de contratos el objeto comprende la totalidad de la instrumentalización de la comunicación publicitaria, así

797 BRAVO MELGAR, 1999, pp. 19 y 20.

798 BRAVO MELGAR, 1999, p. 125.

como la ejecución de las obras y la prestación de los servicios y la cotraprestación pactada por parte del anunciante.[799]

En este tipo de contratos podemos ver que, junto al bien objeto de la prestación asumido como objeto del contrato, se presenta la prestación en la forma de ejecución de las obras como objeto del contrato, cuando en realidad debiera constituir el objeto de la obligación.

f) Corretaje

Por su parte el autor Bravo Melgar[800] cree que el objeto del contrato de corretaje se halla enmarcado en la intermediación que efectúa el corredor entre dos o más partes con la finalidad de que celebren un negocio jurídico de orden comercial, sin estar ligado a ninguna de ellas por relaciones de mandato, representación, subordinación o dependencia.

En este tipo de contratos, el objeto aparece como un servicio o, en todo caso, como una conducta, una prestación que se encarga el intermediario de ejecutar, confundiendo objeto de la obligación con el del contrato.

g) *Factoring*

En el contrato de facturación, el objeto del mismo es el propósito que las partes intervinientes tienen de crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. Siendo para el cliente, entidad financiera o facturado el objeto, la intención de obtener los servicios administrativos y de gestión que el factor puede brindarle, además de la financiación que puede suponerle la cesión de su cartera de clientes. Mientras que para la entidad de facturación o factor, el objeto consiste en el propósito de obtener una comisión por los

799 BRAVO MELGAR, 1999, p. 267.

800 BRAVO MELGAR, 1999, p. 327.

servicios que presta, además de un interés en caso de brindar una financiación al cliente.[801]

En este tipo de contrato modemo, el objeto concuerda con la obligación en general, viéndose cómo se desgaja esta obligación en las particularidades propias de este tipo contractual, pese a que cada parte del contrato considere este objeto como una intención de obtener servicios o el propósito de obtener una comisión, con lo que podría estar confundiéndosele con la teoría subjetiva causal.

4. EL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN

Como ya definimos anteriormente el objeto del acto o negocio jurídico consistente en la creación, modificación, regulación o extinción de relaciones jurídicas, así como el objeto del contrato, recaible en la relación jurídico patrimonial, o más concretamente la obligación, veamos ahora en qué consiste el objeto de la obligación.

4.1. La Prestación como Objeto de la Obligación

La mayor parte de la doctrina se inclina a pensar que el objeto de la obligación radica en la prestación, entendida como comportamiento debido.[802] Esta prestación como objeto de la obligación no debe ser mezclada con el objeto del contrato[803] que es la obligación.

Etimológicamente la voz prestación deviene del latin *praestare* de *praes stare*, con relación a *praedes* que quiere decir "responder a algo".[804] Se trata entonces de una conducta que puede o no estar referida a las cosas, como en las prestaciones de hacer.[805]

801 ARIAS-SCHREIBER PEZET, 1994, p. 69.
802 DIEZ-PICAZO y GULLON, 1984, pp. 46-47.
803 RICCI, sf, T. XIII, p. 50.
804 IGLESIAS, 1972, pp. 377-378.
805 BORDA, s.f., pp. 418 y 419.

Para los hermanos Mazeaud el objeto de la obligación consiste en la prestación *prometida*[806], que para algunos puede ser el objeto o contenido de la obligación, la misma que, al estar constituida por la conducta, en su observancia estriba el deber del obligado.[807]

De esta forma el contenido u objeto de la obligación[808] en un contrato de compraventa, será, el doble juego de prestación y contraprestación de dar, de manera tal que ol objeto de la obligación consistiría, para el vendedor, en la transmisión de la propiedad del bien que se vende, mientras que para el comprador sería el pago del precio convenido.

Es decir, el objeto directo de la obligación no es el bien o la cosa sino el hecho, la acción o la abstención, de ahí que en una obligación con prestación de dar, el objeto no sería la cosa en sí misma sino el hecho o la acción de darla.[809]

Así, se entiende que la prestación o servicio aparece como un hecho positivo (dar, hacer) o negativo u omitivo (no hacer alguna cosa[810]) que el deudor debe realizar en provecho del acreedor, y obviamente es exigido a aquél.[811]

En el Derecho Romano, ya se tenía noticia de las diversas manifestaciones del objeto de las obligaciones, pudiendo ser: dare, facere o praestare. El *dare* consistía en el traspaso al acreedor de la propiedad o un derecho real sobre la cosa; el *facere* tenía un sentido *lato* y otro *restringido*, el primero englobaba toda prestación que importaba un acto positivo, un hacer, incluído el dare; mientras

806 CABANELLAS, 1979, p. 609.
807 CASTILLO FREYRE y OSTERLING PARODI, 1994. p. 145.
808 ARIAS-SCHREIBER PEZET, 1988. p. 156.
809 SALVAT, 1952, p. 26.
810 FERRERO COSTA, 1987, p. 34.
811 GONZALES, 1385, p. 137.

que en el sentido restringido, aparecía toda acción del deudor que no implique propiamente un dare. Finalmente el *praestare*, solía emplearse para aludir al contenido de la obligación en general, ya consistiese en un dare o en un facere, o en ninguna de ambas cosas -según Iglesias[812]-, como en el caso de la asunción de una garantía.

Dentro de esta escuela se encuentran Pacchionni, Ruggiero, Ripert y Boulanger, Mazeaud, Trabucci, Arias, Carbonnier, Cossio, Mosset Iturraspe, que piensan que el objeto de la obligación es la prestación. Por otra parte, algunos otros tratadistas opinan que el contenido de la obligación, y no el objeto de la misma, es la prestación, entre ellos cabe citar a Guhl, Giorgianni, Messineo.[813]

De la misma manera, De la Puente y Lavalle[814] no cree que la prestación sea el objeto sino que constituye el contenido de la obligación. Manifiesta que en un contrato de compraventa de bien mueble, el vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien, para lo cual debe ejecutar la prestación de entregarlo, dicha ejecución es la manera de cumplir la obligación, no su objeto.

Asimismo, el artículo 1403 del Código Civil Peruano de 1984 dice que *la obligación consiste en la prestación*, de ahí que muchos piensen que la obligación no tiene objeto sino sólo contenido. Pero ya sea que se considere la prestación como contenido o como objeto de la obligación, claro está que el campo de acción y desenvolvimiento de la obligación es una prestación, una conducta, un comportamiento, que es exigible al deudor por parte del acreedor, la misma que está en el tramado negocial, en el nexo jurídico establecido como el puente mediante el cual se puede arribar a la conquista de los bienes o servicios materia de la prestación.

812 IGLESIAS, 1972, pp. 377-378.

813 DE LA PUENTE y LAVALLE, 1993, p. 294.

814 DE LA PUENTE y LAVALLE, 1993, p. 295.

4.2. El Bien como Objeto de la Obligación

Algunos autores creen encontrar en el bien el objeto de la obligación. Así Alessandri cree que el objeto de la obligación es la cosa material, hecho o abstención que las partes contratan para que el deudor se obligue.[815] De modo que podemos percibir una ligera confusión cuando se insacula en la obligación tanto a la prestación (hacer, omitir), como a la cosa material.

Del mismo criterio es Manresa[816] quien sostiene que el objeto de las obligaciones consiste en la cosa, acto u omisión, que en definitiva constituye el objeto real, útil y mediate, último del contrato.

Finalmente, Armaza Galdos[817] considera que el objeto de la relación jurídica obligatoria es el bien, el mismo que puede ser una utilidad (bien a fin de cuentas) que ha de beneficiar al acreedor y que puede ser conseguido por una conducta positiva o negativa del deudor, de modo que la prestación es el contenido y no el objeto de la relación jurídica.

5. EL OBJETO DE LA PRESTACIÓN

Hasta este momento ya sabemos que el objeto del acto jurídico consiste en la creación, modificación, regulación o extinción de relaciones jurídicas; que el objeto del contrato es la obligación y el objeto o contenido de ésta es la prestación, ahora veamos en qué consiste el objeto de esta última.

El grueso de la doctrina postula que el objeto de la prestación depende de qué tipo de prestación se esté hablando, vale decir que hay dos vertientes en ella que es necesario analizar. De una parte

815 ALESSANDRI RODRIGUEZ, 1936, pp. 41 y 42.

816 MANRESA y NAVARRO, 1918. p. 682.

817 ARMAZA GALDOS, 1993, pp. 100 y 101.

tenemos la prestación positiva que puede anglobar tanto la prestación de dar, cuyo objeto sería el bien (cosas -materiales- y derechos -inmateriales- como derechos de autor, inventos, derechos sobre signos distintivos, etc.[818]), y en la prestación de hacer tendríamos solamente los servicios.

Por otro lado, en la segunda vertiente tenemos una prestación omisiva cuyo objeto radica en un deber de abstención.[819]

De modo que la prestación como conducta posee bienes, servicios y abstenciones según sea positivo o negativo su signo distintivo. Esta prestación debida puede ser única si el obligado es uno solo y doble si son dos, como por ejemplo en una compraventa la cosa es el objeto de la prestación a cargo del vendedor y el precio es el mismo objeto de la prestación a cargo del comprador.[820]

De esta forma no se puede hablar de ejecución de las obligaciones sino de ejecución de la prestación objeto de las obligaciones, porque lo que se tendría que ejecutar son las prestaciones o conductas.

En el contrato de factoring, por ejemplo, el objeto de la prestación puede verse de un modo dual[821] por cuanto son dos los participantes en el negocio. Así, el objeto a cargo del factor será la prestación de una gama de servicios de índole administrativa (servicios de gestión de cartera, investigación de clientela, contabilidad y cobranza), pudiendo extenderse a servicios de garantía en caso de que el factor asuma el riesgo de insolvencia de los deudores y de financiación en caso de que así se hubiere pactado.

818 ARIAS-SCHREIBER PEZET, 1987. p. 38.
819 -SCHREIBER PEZET, 1988, pp. 155 y 156.
820 STOLFI, 1959, p. 42.
821 ARIAS-SCHREIBER PEZET, 1994, p. 70.

Por su parte, el objeto de las prestaciones a cargo del facturado son los créditos que éste se obliga a ceder al factor, que pueden estar representados por títulos valores, factura, recibos, etc. De la misma forma, como contraprestación a los servicios que se le prestan, el facturado está obligado al pago de una suma de dinero en forma de comisión; pudiendo ser también el objeto de la prestación a cargo del facturado una abstencion, por la cual el cliente debe abstenerse de ceder sus créditos a otras entidades mediante nuevos contratos de factoring.

De esta manera, vemos en un caso concreto cómo es que la prestación se mide en función a la parte en cuestión, pudiendo descansar ésta tanto en los servicios, cosas o abstenciones.

6. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL OBJETO EN GENERAL

En este apartado vamos a ver cuáles son los requisitos que la ley impone al objeto a fin de que tenga validez en el seno negocial del acto jurídico o del contrato en particular. A este respecto es ya ocioso recordar que el objeto del acto jurídico debe ser entendido en su ancha significación, vale decir como objeto inmediato cual es la relación jurídica, y el objeto mediato conformado por el objeto de la obligación que es la prestación, y el objeto de ésta que puede ser el dar, hacer u omitir, pasando obviamente por el objeto del contrato que coincide con el del acto jurídico con la sola diferencia de la patrimonialidad.

En esta cuenta veamos pausadamente los requisitos referidos, contrastándolos con la propuesta doctrinaria que se erige para explicarla y de allí poder sacar conclusiones esclarecedoras.

6.1. Basamento Legal

Circunscribimos nuestro análisis a los artículos proporcionados por la legislación Peruana en su Código Civil de 1984, así en su artículo

140 inciso segundo se manifiesta que el acto jurídico debe tener un objeto física y jurídicamente posible. Luego encontramos que el artículo 219 inciso 3º aclara que serán nulos aquellos actos jurídicos que tengan un objeto física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

Hasta este momento observamos que la posibilidad física y jurídica es un requisito del objeto, pero nótese también que esta conjunción copulativa "y" es trocada en el segundo artículo por la conjunción disyuntiva "o", por lo que podemos entrever que el primer artículo propone un solo requisito en la figura de la "posibilidad física Y jurídica", mientras que el artículo referido a la nulidad propone, en esta senda, dos requisitos por cuanto manifiesta "la posibilidad física O jurídica". De modo que tenemos que realizar una interpretación sistemática por la vía analógica de la norma, analizando leyes paralelas.

Por otra parte, si analizamos el artículo 171 referido a las condiciones impropias, allí se manifiesta en el primer párrafo, que la condición suspensiva "física O jurídicamente imposible" invalida el acto; mientras que el segundo parágrafo propone que la condición resolutoria "física Y jurídicamente imposible" se considera no puesta. Entonces, ¿podríamos pensar que una condición suspensiva tiene dos requisitos y la resolutoria sólo uno?, aparte de la ilicitud, por supuesto, como requisito común para ambas.

Ante este problema de interpretación, podemos manifestar que el requisito de la posibilidad tiene una doble contextura, por un lado la posibilidad física del objeto, y por otra la jurídica. De allí podrán darse múltiples combinaciones, por lo que un acto jurídico podría ser nulo por un objeto físicamente imposible, por un objeto jurídicamente imposible, o por otro que sea física y jurídicamente imposible a la vez, de modo que las dos interpretaciones no son

excluyentes, todo lo contrario, son válidas y coadyuvan a su eficacia. Esto lo entenderemos claramente al momento de proponer los respectivos ejemplos.

6.2. De la Posibilidad Física y/o Jurídica del Objeto

Los artículos del Código Civil mencionado, vale decir el artículo 140 inciso 2º (el acto jurídico debe tener un objeto física y jurídicamente posible), mas el artículo 219 inc. 3º (el acto jurídico es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible), deben ser estudiados a la luz de los numerales referidos al contrato, que es el acto jurídico patrimonial por excelencia.

Así encontramos que el artículo 1403 manifiesta que la obligación debe ser lícita y que la prestación y el bien deben ser posibles; lo que es confirmado por el artículo 1404 que menciona la licitud de la antedicha obligación y la posibilidad de la prestación o el bien.

De modo que nos topamos con otro problema, si seguimos los artículos del acto jurídico referidos veremos que el objeto debe ser posible, mientras que los artículos referidos al contrato manifiestan que esa posibilidad sólo está reservada para la prestación y/o para el bien, mientras que la obligación (que es una relación jurídica) que también es objeto del contrato, no puede ser posible, sólo puede ser lícita o ilícita.

Ahora bien, si la intención del legislador fue decir que sólo la prestación y el bien pueden ser posibles mas no la obligación, la pregunta nace paladina y naturalmente: ¿entonces nos estaremos refiriendo a la posibilidad física y/o jurídica aludida en el rubro del acto jurídico? La respuesta es afirmativa, ya que nadie debe distinguir cuando la ley no distinga, y en este sentido, nada obsta para interpretar sistemáticamente todo este ramillete de normas.

Veamos por separado cada asunto:

1ª El Tratamiento de la Obligación Como Objeto

A tenor del basamento legal indicado, se puede colegir que cuando la norma alude al objeto del acto jurídico, se está refiriendo a la relación jurídica, y en el caso del contrato, a la obligación.

En este sentido la pregunta espontánea es la de poder saber si la obligación que es objeto del contrato puede o no ser lícita como lo predica el artículo 1403 del Código Civil Peruano de 1984.

Todo ello concordado con los artículos 140 inc. 2º y art. 219 inc. 3º del citado cuerpo, dicha obligación debería ser física y/o jurídicamente posible, determinable y lícita. Bastantes calificaciones que procederemos a desbrozar.

La relación jurídica como objeto del acto jurídico o la obligación como objeto del contrato, es un vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión. De esta manera la determinabilidad sólo puede recaer en los bienes, hechos u omisiones objeto de la prestación ya sea de dar, hace u omitir. La posibilidad física y/o jurídica se da en los bienes y las prestaciones objeto de las obligaciones, asimismo la licitud o ilicitud sólo se concibe para las conductas o prestaciones.

Sin embargo, un sector de la doctrina piensa que las obligaciones pueden ser jurídicamente posibles y lícitas (lo físicamente posible atañería a los bienes). Ya que la imposibilidad jurídica es la falta de conformidad con las leyes declarativas, siendo dable que una obligación no reúna los requisitos establecidos para su validez, dando lugar a una obligación no ilícita sino imposible jurídicamente.[822]

822 DE LA PUENTE y LAVALLE, 1991, pp. 330 y 331.

Más adelante veremos cómo la posibilidad jurídica y la física aluden a los bienes y las prestaciones, mientras que la licitud se refiere a las conductas y la determinabilidad de los bienes.

A contraparte, otro sector doctrinario piensa que al objeto del acto jurídico, esto es la relación jurídica, no se le puede exigir que sea física o jurídicamente posible, ya que sólo puede ser lícita o ilícita,[823] válida o inválida.[824]

De otra parte, otra postura doctrinaria piensa que la obligación es un concepto abstracto, doctrinario, que no puede ser calificado de ilícito o ilícito sino de válido o inválido, según reúna o no los requisitos de validez (elementos esenciales) exigidos por la norma jurídica.[825]

Vale decir, para unos la obligación debe ser jurídicamente posible y lícita, para otros solo debe ser lícita mientras que los demás autores piensan que no dobe ser lícita sino sólo válida. Tenemos concepciones disímiles, para todos los gustos y preferencias, de esta manera, en medio de este debate, debemos aclarar que el objeto al que se refieren los artículos 140 y 219 (objeto del acto jurídico), debe ser entendido en su ancha significación, es decir, en su sentido más lato, de ahí se podrá entender la relación jurídica (objeto directo), o la prestación, los bienes, hechos u omisiones (objeto indirecto), como parte del objeto del acto o negocio jurídico, de donde se pueden llegar a conclusiones importantes a partir de un debate nada pacífico.

De esta forma, la indicación de licitud de la obligación por parte del artículo 1403, ingresa a la obligación a través de la prestación.[826] Particularmente creemos que la obligación puede ser físicamente posible si la vemos en función de la prestación o de su objeto (bienes,

823 Cfr. ARIAS-SCHREIBER PEZET. 1991.
824 ARIAS-SCHREIBER PEZET, 1988, p. 157.
825 TORRES VASQUEZ, 1994. p. 299.
826 TORRES VASQUEZ, 1992, p. 315.

hechos, abstenciones), o jurídicamente imposible si revisamos el bien o la prestación, y hasta lícita o ilícita según la prestación en cuestión, pero la sola obligación sólo podrá ser válida o invalida según tenga o no los requisitos de validez, de exigibilidad y no sólo los de eficacia.

De esta forma no será del todo incorrecto escuchar hablar de ilicitud de la obligación (art. 1403), si se entiende ésta referida a la prestación objeto de la obligación, ya que ésta consiste en una conducta.

Veamos enseguida cómo es el tratamiento de cada categoría en atención al objeto indirecto del acto o negocio jurídico.

2ˢ De la Posibilidad Física y/o Jurídica de la Prestación

Como bien sabemos la prestación es el objeto de la obligación, o en todo caso su contenido, que consiste en una conducta, un comportamiento exigido al deudor por parte del acreedor. Esta prestación puede ser unilateral o bilateral según la contextura negocial de la operación, y puede consistir, de la misma forma, en un *dare*, *facere* o *praestare*.

La mayoría de la doctrina reputa que la prestación sí puede ser física y/o jurídicamente posible. ¿Pero será una imposibilidad originaria -al momento de la celebración del contrato- o derivada?, la respuesta la podemos buscar en Armaza Galdos[827] quien dice: "En el fondo la imposibilidad no recae en el objeto sino en la conducta, como consecuencia de que el objeto es inalcanzable... Si la imposibilidad de la conducta humana para alcanzar el objeto es originaria, la obligación es nula por falta de objeto, y si la imposibilidad de la conducta humana para alcanzar el objeto es derivada, estamos ante un caso de resolución o extinción de la obligación."

827 ARMAZA GALDOS, 1993, p. 124.

Estamos de acuerdo con esta aseveración, pero hacemos algunas atingencias necesarias, en el sentido de que no concordamos con el pensamiento de este autor que cree que el objeto de la relación jurídica obligatoria es el bien y no la prestación, de ahí que mencione un objeto diferente a la prestación que es objeto en sí; pero sí estamos de acuerdo en manifestar que esta imposibilidad puede sor originaria o derivada con las consecuencias invalidatorias y resolutorias respectivamente.

La imposibilidad ya sea física y/o jurídica, debe ser entendida de un modo general por todo el mundo y no sólamente por quienes practican el acto jurídico[828], lo que no conlleva a decir que sea imposible algo cuando resulte imposible para todos. Por ejemplo, para algunos puede ser imposible cantar en un concierto de ópera, pero para un tenor no, en cambio en este último caso habrá imposibilidad física cuando áste sea mudo, o habrá imposibilidad jurídica cuando se contrate sus servicios para ensayar con un coro musical en un lugar cercano a un centro funerario en la que se honren exequias fúnebres, siendo imposible jurídicamente al atentar el orden público, interés de terceros y hasta la moral media de la sociedad que respeta sus muertos.

Entonces existe imposibilidad física de la prestación como objeto, si ésta resulta insusceptible de actuación como cuando alguien se compromete a otorgar en propiedad un kilómetro cuadrado de superficie lunar, o se compromete a entregar una mercadería que ya no se fabrica, etc. En lo que atañe al imposible jurídico vemos que debe existir una colisión de la prestación con un precepto de derecho para que exista un obstáculo legal de cumplimiento, como obligarse a entregar un producto prohibido de fabricar, o entregar un bien mueble en calidad de hipoteca, o prendar un inmuble, o la

828 IDROGO DELGADO, 1993, p. 29.

adquisición de inmuebles en ciertas zonas de frontera por parte de los extranjeros,[829] o comprometerse a comerciar estupefacientes o drogas prohibidas, etc.

Otra atingencia que es necesario destacar es que existen algunos tratadistas, entre ellos el anterior, que piensan que la posibilidad sólo recae en la prestación mas no en los bienes (entendidos como cosas y derechos).

Nadie discute que la prestación pueda ser posible o imposible, ya que se trata de conductas humanas y por lo tanto susceptibles de valoración. Sin embargo, la gran confusión que reina en el terreno académico es la de tratar de distinguir cuándo hay imposibilidad, ilicitud, no permisibilidad y hasta impedimento legal. En el siguiente punto vamos a referirnos en detalle a este asunto:

3⁹ De la Imposibilidad Jurídica y la Ilicitud

Como quiera que la imposibilidad física se entiende fácilmente en el sentido de que alguien que se obligue a dar, hacer o no hacer algo que fácticamente es imposible, genera la nulidad del acto.

Por lo que resulta necesario hacer la distinción entre objeto ilícito y objeto jurídicamente imposible, aunque tal diferenciación resulte ociosa para algunos, y sin ninguna utilidad práctica.[830] Nosotros pensamos que sí es útil porque otros tratadistas consideran que la ilicitud es lo mismo que la imposibilidad jurídica.[831]

Para ello, revisemos cuáles son los tipos de normas que tenemos enfrente para de allí enfrentar esta tarea de distinción. Giorgi propone tres tipos de normas:[832]

---

829 LAVALLE ZAGO, 1991, p. 129.
830 TORRES VASQUEZ, 1994, p. 328.
831 TORRES VASQUEZ, 1994, *p.* 300.
832 DE LA PUENTE y LAVALLE, 1991, p. 315.

a) Normas preceptivas, que son las que ordenan algo, interesando más a la sociedad que a los particulares: leyes Constitucionales, administrativas, penales, procesales, etc.[833]
b) Normas prohibitivas, que, como el mismo nombre lo indica, prohiben conductas, limitando la actuación de los particulares por ir en contra del interés general.
c) Normas declarativas, que son las que imponen requisitos.

No obstante, otros tratadistas, respetando dicha clasificación en lo que concierne a leyes prohibitivas y preceptivas, no consideran las normas declarativas y sí las permisivas que son la que suplen la voluntad de las partes.[834]

En cambio, para Vidal Ramírez (1990b) existen dos tipos de normas: las imperativas (*ius cogens*) y las dispositivas (*ius dispositivum*), y entre estas últimas tenemos las interpretativas y las supletorias que suplen los vacios de la declaración (p. 57).

Asimismo, para Rendón Vásquez[835] existen tres tipos de normas: las imperativas, las permisivas y las facultativas. En las primeras tendríamos las prohibitivas (que señalan acciones que no deben realizarse, como las normas penales o las de responsabilidad extracontractual), preceptivas (prescriben la observancia de una determinada conducta, como la prestación de alimentos), y las declarativas (enuncian el surgimiento de derechos determinados, como la capacidad de las personas). En cambio, confunde las normas permisivas con las facultativas.

833 PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, 1995, p. 35.
834 PEREZ FERNANDEZ, 1995.
835 RENDON VASQUEZ, 1989, pp. 57-59.

Como corolario tendríamos que las normas preceptivas, las prohibitivas y las declarativas interesan al orden público y son normas imperativas (*ius cogens*), mientras que las normas dispositivas (*ius dispositivum*) tendrían dos subtipos: las interpretativas (que interpretan el contrato) y las supletorias o permisivas o facultativas (que suplen la voluntad de las partes).

Sin embargo, la situación no queda muy clara cuando en el artículo 224 segundo párrafo del Código Civil, encontramos que las normas imperativas sustituyen las disposiciones singulares anuladas. En este sentido, no se entiende bien si estas disposiciones singulares son anuladas por las mismas normas imperativas que luego vienen a sustituirlas, o si éstas disposiciones particulares son anuladas por otras normas diferentes a las imperativas que reemplazan a las disposiciones anuladas. De una u otra forma, se concluy que las normas imperativas podrían estar comportándose como normas supletorias.

De otro lado, en el artículo 1356 se menciona que las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas podrían estar comportándose como normas supletorias.

Ahora bien, no se podría pensar que para los actos jurídicos en general normas imperativas sí pueden ser supletorias, mientras que para los contratos no podrían serlo, entrando en flagrante contradicción. No obstante, es menester realizar una interpretación sistemática que armonice ambos sentidos y supera la pretendida colisión.

Cuando se manifiesta en el artículo 224 que las normas imperativas sustituyen las normas privadas, se está diciendo que las anulan, que las aniquilan y vienen a ocupar su lugar. Es decir, no cubren ningún vacío sustancial, sino que cambian una disposición

por otra, una norma privada por una norma imperativa. Mientras que en el artículo 1356, se está manifestando que las leyes que se refieren a los contratos suplen la voluntad de las partes, o sea que cubren el vacío que las partes hubieran podido dejar, complementan la direccionalidad de su intención, dirigen el contrato hacia un sentido de completitud, integran la omisión contractual, es decir que son supletorias *strictu sensu*. Diferente naturaleza goza las normas imperativas que no cubren un vacío, sino que sustituyen la voluntad de las partes por la voluntad de la ley.

Por otra parte, a partir de la tipología planteada por De la Puente (1991, pp. 306-312) que propone una clasificación tripartita de contratos ilícitos, tomándola de Jorge Mosset Iturraspe[836], se concluye qu el denominado contrato ilícito, en un sentido amplio, constituye el género, abarcando el contrato ilegal (contrario a normas imperativas), el contrato prohibido (contrario al orden público) y el contrato inmoral (contrato a las buenas costumbres), detallado en el sentido siguiente:

a) Contratos Ilegales

Cuando su objeto es contrario a normas imperativas, de modo que, de seguir el *numerus clausus* del artículo 219 inc. 3º del Código Civil -que no contempla la nulidad de los actos con objeto ilícito- llegaríamos a la conclusión teórica de que los actos ilegales sí estarían admitidos.

A este respecto, en el Proyecto de la Comisión Reformadora (1975), el anteproyecto ZUSMAN-PUENTE (1980), Proyecto de la Comisión Reformadora (1981) y Proyecto de la Comisión Revisora (1984), se menciona que el acto jurídico será nulo cuando su objeto sea imposible u opuesto a normas legales imperativas; y sin conocerse

836 ARIAS-SCHREIBER PEZET, 1988, p. 159.

la razón del cambio el artículo 219 en su inciso 3º sólo contempla el objeto física o jurídicamente imposible, y en su artículo 8º hace un reenvío al artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que se refiere a los actos contrarios a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres.

Seguidamente nacería la inquietud con respecto a considerar o no como ilícitos aquellos actos que contravengan leyes imperativas distintas de las leyes imperativas que interesan al orden público, no generando por ende nulidad del acto jurídico.

De otra parte, la contrariedad de la obligación a normas imperativas no determinaría la invalidez del acto si la regla contractual contraria a dicha norma puede ser suplida, en forma de integración, por otras normas, según la naturaleza de los actos, y a tenor de la permisibilidad del artículo 224 en su segundo páragrafo.

Particularmente existe un gran debate respecto a considerar o no el orden público como materia susceptible de prohibir actos a través de su insaculación en normas imperativas, de modo que en este sentido el acto no contravendría el orden público en sí, sino las normas que interesan este orden público. Ello lo analizaremos más adelante.

De una u otra forma, la oposición contractual a una norma irnperativa provoca el nacimiento de dos tipos de contratos, unos contrarios a toda norma imperativa insusceptible de ser subsanada por otra, que no alude al orden público -o a sus normas imperativas, de acuerdo al gusto del lector- y otro tipo de contratos que contravienen las normas imperativas referidas al orden público. Los primeros contratos serían ilegales, mientras que los segundos serían prohibidos, ambos ilícitos.

A nuestro parecer, el hecho de que el Código Civil en su artículo 219 no haya reconocido participación al objeto ilícito o ilegal, no da pie a pensar en su permisibilidad. Veamos, de un lado el contrato ilegal no puede anular el contrato porque no hay sustento legal alguno expreso, y por otro lugar el artículo V del Título Preliminar se refiere sólo a las normas imperativas referidas al orden público.

Ante este asunto es importante analizar la estructura de la imposibilidad jurídica, la misma que tiene dos aspectos, dos sentidos si se quiere, uno estricto y otro amplio. "*Stricto sensu*", habrá imposibilidad jurídica, por ejemplo, hasta en las cosas que no cumplan especificidades técnicamente establecidas por la norma en cuestión, mientras que en su *lato sensu* tenemos tanto la ilicitud como la imposibilidad jurídica en sí. Esto lo entenderemos en el transcurso de nuestra lectura.

En este sentido la nulidad de los contratos ilegales contrarios a normas imperativas que no sean las del orden público -como reza esta doctrina-, estaría huérfana de andamiaje legal que permita nulificar actos con este tipo de objetos contrarios a susodichas normas, pero su ilegalidad genera que sean ilícitas y por ende entrarían en la clasificación de la imposibilidad jurídica en su *lato sensu.* De ahí que este acto fuere nulo por objeto jurídicamente imposible, y aplicaríamos cómodamente el artículo 219 inc. 3º del Código Civil.

Por otra parte, la jurisprudencia peruana no hace distinción entre normas imperativas que se refieran o no al orden público, para ella todas las normas imperativas dimanan del orden público; así en la Cas. 1021-96-Huaura, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 11/05/98, p. 279, se dice *ad literam* "...Que la anotada causal sustantiva de nulidad -se refiere al art. V del Título Preliminar-, se fundamenta en la limitación de la autonomía de la voluntad, en razón de que los

actos jurídicos se celebran contraviniendo normas imperativas que son la expresión del orden público."

Vale decir, que las normas imperativas resultan ser la expresión del orden público y por lo tanto sería ociosa toda distinción entre contratos ilegales y prohibidos, más que para fines didácticos, pero para fines prácticos ambos contratos entrarían en esta categoría. Es decir, según esta jurisprudencia, tanto los actos jurídicos que contravengan normas imperativas (estén o no referidas al orden público), se entendería que están aludidas a este sobredicho orden, por lo que adolecen de nulidad absoluta.

Sin embargo, aceptando que la ilegalidad viaje dentro de las maletas de la imposibilidad jurídica, nos topamos con otra jurisprudencia que considera que la ilicitud y la imposibilidad jurídica son dos categorías coetáneas, así se dice en el Exp. 397-96-Tacna, Diálogo con la Jurisprudencia, No. 9, p. 180, en la que *ad pedem* se menciona: "...Y no es por lo tanto jurídicamente posible ni ilícito vender como propio un bien ajeno."

¿Esto querrá decir que estas dos categorías conviven, cohabitan y no se subsumen?, entonces su respuesta afirmativa haría reinar nuevamente el desconcierto. No obstante, si coincidimos que la ilicitud es una categoría que penetra en la estructura de la imposibilidad jurídica, entonces la afirmación que se hace en esta última jurisprudencia no es sino para efectos aclaratorios, para reforzar más el peso de su argumentación, para esclarecer a qué tipo de imposibilidad se refiere, si es a la general o a la particular. Veamos que se está aludiendo a una prestación que consiste en vender como propio lo ajeno, lo que es ilícito (pero como vimos en los artículos 1402 y 1403, ninguna prestación puede ser ilícita sino imposible) y para generar nulidad tiene que arrimarse, en nuestro sistema, a la

imposibilidad que le brinda soporte invalidatorio tanto desde los numerales 140 inc. 2º, como del 219 inc.3º asaz estudiados.

Ahora veamos aquellos contratos que contravienen normas imperativas referidas al orden público, que De la Puente (1991) los llama contratos prohibidos. (1991, pp. 306-312).

b) Contratos Prohibidos

Bajo este título se esconden aquellos contratos contrarios al orden público. El criterio rector en esta materia lo brinda el ya citado artículo V del Título Preliminar del Código Civil, de modo que la violación al orden público es la infracción de un texto legal en particular.

Pero, así como las otras leyes imperativas, las del orden público también pueden integrarse al contrato reemplazando cláusulas contrarias a ellas, de acuerdo a la naturaleza del acto, en el marco del artículo 224 del texto substantivo.

Un ejemplo interesante constituye el contrato celebrado entre dos cónyuges con el objeto de transferirse bienes de la sociedad de gananciales, siendo imposible jurídicamente por contravenir normas prohibitivas e imperativas expresas, contenidas en el numeral 312 del Código Civil Peruano de 1984.[837] En este sentido, existe también jurisprudencia en la Cas. 95-96-Ica, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 30/12/97, p. 224, que dice expresamente: "Es necesario precisar que el régimen de sociedad de gananciales está regulado por normas denominadas de orden público, estableciéndose limitaciones de orden contractual entre los cónyuges."

De esta forma, existe norma imperativa expresa de orden público referida a la contratación familiar, entonces el artículo V del

837 Art. 312: "Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad."

Título Preliminar que regula por *ius cogens* y de manera residual los contratos con objeto prohibido, actuaría de manera reincidente y confirmatoria, siendo el final la nulidad absoluta.

d) Contratos Inmorales

Son los que contravienen las buenas costumbres, las mismas que se identifican con la moral. De la misma manera el artículo V del Título Preliminar sería el basamento normativo que brinda pie suficiente para anular contratos con objeto inmoral.

De esta forma se tratan tres tipos de contratos particulares, los dos primeros, los ilegales y los prohibidos estarían referidos a normas preceptivas y prohibitivas, de seguir la clasificación de Giorgi, y los inmorales basados en normas prohibitivas o simplemente contrarias a la moral.

Desde nuestro punto de vista, tanto los contratos ilegales como los prohibidos que tienen que ver con normas imperativas, se basan en una contravención a normas preceptivas y prohibitivas, mientras que los contratos inmorales contravendrían las buenas costumbres, y todas ellas generarían la ilicitud que cae dentro de la imposibilidad jurídica.

De modo que el otro elemento de la imposibilidad jurídica que no sea la ilicitud estaría dado en aquellos contratos cuyo objeto contravenga normas declarativas en las que, pese a que el objeto no esté prohibido, no está permitido. Tal es el caso de un bien que no cumpla con los requisitos legales para ser tal, como si una ley dispusiera que es nave de alto bordo aquella de 2000 TDW (Tonnage Dead Weight= toneladas de peso muerto) o más, siendo jurídicamente imposible que una nave con un desplazamiento menor sea considerada de alto bordo.[838]

838 DE LA PUENTE y LAVALLE, 1991, p. 316.

En este caso, el buque no cumple las especificidades técnicas, los requisitos que la ley impone para que una cosa pueda ser catalogada de alguna particularidad. De la misma forma, será un imposible jurídico el emplear un medio inidóneo para una determinada operación, como el caso de una adopción que se pretenda realizar a través de un contrato.[839] Asimismo, resultará un imposible jurídico, mas no una ilicitud, el celebrar un contrato de **enfiteusis**[840] que ya no existe en la legislación Peruana[841].

Del mismo criterio parece ser Ferrero Costa[842] quien manifiesta: "El imposible jurídico se presenta cuando se pretende establecer un sistema de derecho contrario a las estipulaciones de la ley, como por ejemplo, pretender adoptar una criatura sin que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoridad y la del hijo por adoptar, tal como lo exige nuestro Código en el artículo 378[843]... Son ilícitas las prestaciones contrarias a la moral, las buenas costumbres y el orden público. Se incluyen no sólamente los delitos, sino también las que son objeto de particulares prohibiciones civiles como, por ejemplo, comprometerse el deudor a suministrar drogas."

En este ejemplo la ilicitud se reduce a los conceptos de moralidad y orden público; mientras que la imposibilidad jurídica, a la colisión de la prestación con las normas declarativas. Esta imposibilidad es

839 CASTILLO FREYRE, y OSTERLING PARODI, 1994, p. 147.

840 Según Cabanellas (Cfr. CABANELLAS, 1989, p. 115), la enfiteusis es un contrato y derecho real consistente en la cesión perpetua, o por largo tiempo, del dominio útil de un predio rústico o urbano, mediante el po de un canon, censo, pensión o rédito anual que se abona al cedente, el cual conserva el dominio directo. Viene a constituir una especie de locación hereditaria, en la cual el enfiteuta y sus herederos conservan la cosa mientras puen la pensión, canon o censo establecido.

841 FERRERO COSTA, 1987, pp. 35 y 36.

842 Art. 378: "Para la adopción se requiere: Inc. 2do: Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoridad y la del hijo por adoptar."

843 ARMAZA GALDOS, 1993, pp. 122-131.

cierta en el sentido estricto de la palabra, sin embargo, un objeto ilícito hará que jurídicamente sea imposible el acto.

La ilicitud aboga por una contravención a la ley, a una norma imperativa preceptiva o prohibitiva, mientras que la imposibilidad jurídica (en sentido lato) da noticia de un acto no sólo contrario a la norma sino al universo jurídico compuesto triádicamente por normas, conductas y valores. Lo que ocurre es que el artículo V del Título Preliminar ha engolfado la moralidad y el orden público -que son conceptos de valoración social y axiológica- en la estructura legal, de modo que toda contravención a estas prohibiciones será ilícita. No obstante ello, esta ilicitud, repetimos, hace imposible jurídicamente un objeto, no se puede dar, jurídicamente es imposible al ser ilícito el objeto de atención; obviamente estamos en los marcos de la imposibilidad jurídica *lato sensu*.

Nuestra postura es clara en el sentido de que las prestaciones pueden ser posibles o imposibles, lícitas o ilícitas. La atingencia que hacemos es a considerar la ilicitud como un ingrediente de la imposibilidad jurídica en sentido general y no en el específico. Otros autores consideran, erradamente, que la imposibilidad jurídica puede estar dentro de la ilicitud, así Armaza[844] considera literalmente: "La imposibilidad legislada en nuestro derecho llega incluso a invadir los dominios de la ilicitud, alcanzando los actos no permitidos por la ley. La ilicitud subume a este tipo de imposibilidad."

Considera que la imposibilidad jurídica es una relacion jurídica no autorizada por la ley, un acto no permitido que es absorbido por la ilicitud. De esta forma cree que entre prohibición y no permisibilidad existen diferencias, a la sazón la primera se origina en una norma jurídica pública o privada que impide expresamente una conducta

844 ARMAZA GALDOS, 1993, pp. 122-131.

determinada, mientras que la segunda no se halla contenida en norma alguna, postulando el ejemplo de un acto no prohibido y, sin embargo, no permitido, como el hipotecar un bien mueble.

Hasta este punto estamos de acuerdo, hay actos que no están prohibidos pero que no están permitidos, porque no todo lo no-prohibido está permitido. Sin embargo, la discordia nace cuando nuestro autor piensa que este act no permitido –sin estar prohibido- es *ilícito*[845] por alterar el ordenamiento jurídico, pudiendo ser considerado con uma de las formas de la prhobición. Es decir, plantea la figura de la *ilicitud tácita o implícita*, ya que piensa ue en forma tácita la norma juridical impide su nacimiento, aunque expresamente no sea contaria a la la norma, como el caso planteado por el artículo 12 del Código Civil[846], donde vemos que la ilicitud se apoya en consideraciones valorativas, mientras que la imposibilidad responde a la naturaleza de las instituciones jurídicas.[847]

Observamos que se llega a una conclusión incorrecta, lo no-permitido no puede ser un ilícito tácito, porque esta no-permisibilidad es la que da la principal caracterología específica de la imposibilidad jurídica en sentido estricto. En todo caso, son dos formas de ver el mismo problema y de arribar a las mismas conclusiones, ya que por diversos caminos se llega a Roma.

De seguir con este planteamiento, llegaríamos a otras nociones no menos disímiles como las que sostienen que la ilicitud violenta el ordenamiento jurídico provocando una respuesta sancionatoria, mientras que la imposibilidad jurídica trata de situaciones no

845 ARMAZA GALDOS, 1993.

846 **Art. 12:** "No son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona..."

847 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 82 (en la edición 1986, ver p. 63).

contempladas por la legislación (caso de Ghersi),[848] llegando a conclusiones un poco radicales, cuando la imposibilidad se la sanciona con la inexistencia, mientras que la ilicitud provoca la nulidad aunada a nuevos efectos como los indemnizatorios.

Obviamente, en nuestra legislación la inexistencia está subsumida en la nulidad absoluta, de modo que siempre habrá efectos. Pero el acento radica en que ésta es una nueva postura que no ve la ilicitud dentro de la imposibilidad jurídica, ni a ésta dentro de aquélla, ni las dos juntas, sino completamente separadas. El problema radica en que reputa la imposibilidad como una ausencia de preocupación legislativa, lo que es incorrecto como ya lo hemos visto anteriormente.

Por otra parte, la prestación puede ser lícita o ilícita, posible o imposible, mas los bienes sólo son posibles o imposibles física o jurídicamente hablando. Algunos autores piensan que la ilicitud no radica en la prestación sino en la obligación,[849] pero nosotros pensamos que un comportamiento sí puede ser materia de valoración jurídica, de sopesar si se ajusta a la ley o no, de analizar su oposición a norma preceptivas, imperativas, prohibitivas.

Otro nivel de la doctrina piensa que las prestaciones sí pueden ser lícitas o ilícitas,[850] aclarando que el acto jurídico (mas no su objeto: relación jurídica) y las prestaciones, pueden ser lícitas o ilícitas. Es decir, las pretensiones, intereses, conductas son susceptibles de valoración axiológica, de modo que las cosas no son ilícitas por sí mismas sino en relación con un sujeto capaz de discernir.[851]

848 GHERSI, 1990, p. 89.
849 DE LA PUENTE y LAVALLE, 1993.
850 TORRES VASQUEZ, 1992, p. 299.
851 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 62.

4ˢ De la Posibilidad Física y/o Jurídica de los Bienes

En lo que atañe a los bienes, la conclusión es clara y ya lo revisamos superficialmente en los títulos anteriores. Los bienes incluyen tanto los objetos materiales (cosas), como los inmateriales (derechos).

La mayoría de la doctrina piensa que los bienes pueden ser pasibles de consideraciones jurídicas mas no morales, mientras otros consideran que las cosas escapan a toda calificación jurídica o moral, pues es el hombre quien les da un destino, el que con sus actos puede aceptar toda evaluación de licitud o ilicitud.[852]

Concordamos en que las cosas no pueden ser catalogadas desde perspectivas morales, puesto que la moralidad atañe al individuo y a su conducta. La moral se refiere a conductas humanas, al modo correcto que la sociedad reputa en cierto espacio y tiempo, siendo inaplicable a objetos inanimados o a los semovientes.

Sin embargo, contrario al pensamiento de algunos tratadistas, los bienes sí pueden ser vistos desde el prisma de la posibilidad física. No obstante, al hablar de bienes nos estamos refiriendo sólo al objeto de la prestación de dar, soslayando las prestaciones de hacer y de no hacer, que no debería hacerse.

En esta senda, una parte de la doctrina cree que se debería hablar de posibilidad material en vez de física, porque por los avances científicos y tecnológicos, lo que sea físicamente posible en un luqar, puede no serlo materialmente en otro por falta de medios adecuados.[853] Es el caso de un contrato en el que una parte se compromete a trasladar todos los días a un niño al colegio a través de

852 OSPINA Y OSPINA, 1980, p. 254.

853 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 81; (en la edic. 1986, ver p. 62.)

un tren subterráneo (*subway*), lo que sería físicamente posible pero materialmenle imposible en el Perú donde el *subway* no existe.

De una u otra forma, la imposibilidad física alude a la inexistencia del bien, hecho o abstención como objeto de la prestación en sus tres modalidades. Ahora bien, si convenimos en que los bienes no pueden ser lícitos o ilícitos, y que su inexistencia acarrea la imposibilidad física, nos preguntamos si esta imposibilidad física da lugar *per se* a la nulidad del acto jurídico o necesita que se le considere como una subespecie del género imposibilidad jurídica, de modo que toda imposibilidad física estaría insaculada en la imposibilidad jurídica.

La respuesta es clara, el código en su artículo pertinente (219 inc. 3º), manifiesta que el acto es nulo cuando el objeto es física o jurídicamente imposible, de modo que éstas son dos categorías independientes y no supeditadas, en contra el pensamiento de *De la Puente y Lavalle*, quien piensa que la inexistencia del bien daría lugar a la imposibilidad física de la prestación y a la consiguiente imposibilidad jurídica de la obligación, lo que determinara la nulidad del acto.[854]

Por otro lado, es importante precisar los conceptos de inexistencia del bien y de imposibilidad física del mismo. A nuestro entender la inexistencia se asimila a la imposibilidad, por cuanto si un bien no existe en el presente y no hay posibilidad de que exista en el futuro, provoca la falta del objeto de la prestación, y en consecuencia el objeto sería imposible (Torres Vásquez (1994) cree que sólo es inexistente pero no imposible (pp. 321-323), pensando que el bien no puede ser posible ni imposible, sino simplemente existente en el presente o que se espera que exista en el futuro, o inexistente). En todo caso estas dos interpretaciones constituyen dos senderos del

854 DE LA PUENTE y LAVALLE. 1999, p. 34.

mismo camino. Sin embargo, el mismo autor acepta la incorporación de la inexistencia del bien a las estructuras de la imposibilidad física, por cuanto expresa luego: "La fuerza de los usos ha impuesto que cuando hablamos de bienes posibles nos estamos refiriendo tanto a los presentes como a los futuros, por lo que resulta hasta conveniente que la regulación legal del objeto de la prestación siga manteniendo esta concepción." (Torres Vaseuez, 1994, pp. 321-323).

De otra parte, la imposibilidad jurídica también debe entenderse en forma general para un determinado espacio-tiempo, y ser catalogado *por todo el mundo*[855] como imposible y no simplemente por los que practican el acto jurídico, vale decir que la imposibilidad jurídica debe regirse por los principios de objetividad y no de subjetividad.

Por ejemplo, un bien será jurídicamente imposible cuando no cumpla las especificidades técnicas exigidas por la ley para ser catalogado como tal; es el caso de una nave de carga que no cuenta con la capacidad necesaria para transportar un peso específico que la ley técnicamente le exige para ser considerado de carga.

a) De la Incomercialidad de los Bienes

Otro elemento que está dentro de la imposibilidad jurídica es la incomercialidad de los bienes, siendo la comercialidad o incomercialidad un criterio que la ley establece no en función de las cosas en sí, sino del tráfico comercial que el hombre hace de los bienes.

Dicha incomercialidad puede ser establecida por la naturaleza del bien, de manera absoluta, como el aire, el mar, la luz del sol, etc., o por una prohibición expresa de enajenar el bien, como los

855 IDROGO DELGADO, 1993, p. 29.

bienes de uso público[856] o mediante una prohibición de adquirir bienes para determinada calidad de personas,[857] o un bien puede ser incomerciable simplemente por razones vinculadas con la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Es decir, los bienes deben estar en el comercio de los hombres, y la calificación de incomerciales la hace la ley en función a las motivaciones antedichas. Dicha comercialidad es un requisito que sólo va anejo a los bienes o hechos mas no a los contratos y obligaciones.[858]

De esta manera, surge una pregunta interesante al respecto de cual es la naturaleza de la imposibilidad física y de la comercialidad del bien dentro de la imposibilidad jurídica. La primera institución, vale decir la existencia o posibilidad de existir de un bien, se comporta como parte constitutiva de la venta, mientras que la comercialidad del bien (engolfada en la posibilidad jurídica), sería para unos tratadistas un requisito de validez, mientras que para otros es sólo un requisito de eficacia.[859]

Esta incomercialidad de los bienes no recae en la cosa misma sino en la conducta, de modo que la sanción legal de ilicitud se enanca en el tráfico patrimonial, conducta de prestación de los que son parte de dicho tráfico y no sobre el bien público transferido, armas de fuego, drogas, el mar, etc.

856 Constitución Política del Perú de 1993, art. 73: Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulars conforms a ley, para su aprovechamiento económico. (Cfr. Art. 128 Const. 1979).

857 El artículo 1366 del C.C. peruano de 1984 habla de las personas impedidas de adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta.

858 GHERSI, 1990, p. 96.

859 DE LA PUENTE y LAVALLE, 1999, p. 33.

Por otro lado, algunos especialistas piensan que la incomercialidad de los bienes ocupa el lugar de la licitud en la prestación, de tal forma que si un contrato recae sobre un bien excluido del comercio de los hombres por ser insusceptible de apropiación privada o de tráfico (como cosas de uso público), genera una imposibilidad jurídica, porque contraviene los requisitos que hacen de tales bienes inapropiables. Mientras que cuando la ley prohibe la circulación de determinados bienes, el tráfico sería físicamente posible pero legalmente estaría prohibido, por contravenir el orden público, o contrariar una norma imperativa, no estando permitido el contraer obligaciones sobre la transferencia de estos bienes, de modo que las obligaciones contraídas resulten ilícitas por ser contrarias a normas imperativas.[860]

Ahora bien, nos interrogamos al respecto de lo anotado: Si un contrato versa sobre una cosa que por ley es incomerciable, vale decir, que es insusceptible de ser traficado o comercializado por ser un bien de uso público, se trata de objeto ilícito o éste es inexistente. Para los sostenedores de la postura reseñada en el parágrafo precedente, es decir, aquellos que piensan que la contravención a una norma prohibitiva acarrea ilicitud de la prestación, tal contrato será pues, ilícito; pero para otro sector doctrinario tal contrato adolece de falta de objeto por cuanto si alguien vende un bien de uso público, no hay venta porque carece de objeto, ya que los bienes nacionales de uso público no son susceptibles de dominio por los particulares, de modo que sin objeto no habría acto jurídico.[861]

Entonces, ¿faltaría el objeto o sería este ilícito?, creemos que la prestación no falta sino que está presente, lo que ocurre es que al contravenir una norma imperativa que descomercializa al bien,

860 DE LA PUENTE y LAVALLE, 1991, p. 322.
861 TORRES VASQUEZ, 1994. p. 317.

hace ilícita la conducta y parece que quita al objeto de la estructura negocial como elemento idóneo y capaz de configurar su validez.

Por otra parte, si este último autor considerase que tales contratos contrarios a una norma imperativa, no revisten ilicitud sino ausencia de objeto, se contradeciría el mismo por cuanto debería hacer lo mismo con los contratos que versen sobre prestación contraria a las buenas costumbres, en el sentido de no reputar estos contratos como inmorales sino como contratos que adolecen de ausencia de objeto, y en su pensamiento no ocurre así, sino que les da una categoría independiente.[862]

De esta forma, cuando un contrato se refiere a la transferencia de un bien que por su propia neturaleza es incomerciable (aire, mar, luz del sol, etc.) estamos ante un supuesto de imposibilidad jurídica, mientras que si contraviene una norma imperativa y se comercia un bien público como una plaza, una calle, etc., estamos ante una ilicitud, y por ende, un imposible jurídico también en su sentido lato.

b) De la Indeterminabilidad de los Bienes

Finalmente es menester analizar el inc. 3º. del art. 219 del Código Civil en lo que atañe a la indeterminabilidad de los bienes que es causal de nulidad del acto jurídico. Al respecto los bienes pueden ser determinados o determinables: es determinado cuando es identificado con precisión, y es determinable cuando no siendo determinado en la actualidad al momento de celebrarse el contrato, es posible su determinación futura.

Esta determinabilidad es un requisito de validez para unos autores, mientras que para otros es simplemente un requisito de eficacia (condicio juris), como circunstancia externa a éste.[863]

862 TORRES VASQUEZ, 1994, p. 319.

863 DE LA PUENTE y LAVALLE, 1999, pp. 39-41.

Asimismo, algunos tratadistas piensan que la determinabilidad no sólo recae en los bienes sino también en la prestación, caso de Ghersi[864] y De la Puente.[865]

Como vemos, si la indeterminabilidad conlleva la nulidad absoluta del acto jurídico, entonces se tratará de un requisito de validez y no de una circunstancia ajena al acto. Estudiemos ahora un caso concreto en el cual podremos engarzar todas las ideas vertidas con respecto al objeto, conectándolas con la materia de la causa.

7. CASO DE LAS CASAS DE TOLERANCIA

El tema de las casas de tolerancia, ya revisado someramente en capítulos anteriores, constituye un aspecto práctico sobre el cual podemos dar andamiento a aquellas ideas que pretenden echar por la borda el fin lícito y ocupar dicho espacio con el del objeto ilícito, y este caso en cuestión ha sido y es uno de los más ejemplares dentro de la temática de la causa, que la doctrina lo postula para dar cobertura a sus argumentaciones.

De ahí la doble importancia que reviste este caso, el que, desde el siglo XIX fue puesto en tela de juicio por representar un atentado a los intereses de la moral, las buenas costumbres y el orden público. De esta forma se anuló cuanto contrato tuviera que ver con las casas de tolerancia, ya sea contratos para arrendar bienes destinados a ese fin, como a la aceptación de personal, compra de bienes, decoración o prestación de servicios que tuvieran por fin la ambientación y la estructuración de dichas casas.

El caso de las casas de tolerancia se presentaba como un rey Midas, que anulaba todo lo que tocaba. Reproduciríamos también la

864 GHERSI, 1990, p. 96.

865 DE LA PUENTE y LAVALLE, 1991. p. 331.

teoría del fruto del arbol venenoso, en donde todo lo que emanara del árbol venenoso estaría corrompido y no serviría por ende.

De esta forma, es menester tocar este tema y analizarlo a la luz no sólo de la ley actual Peruana, sino desde los planos axiológicos y societales. Ello lo hacemos con el convencimiento de que —dentro del capítulo del objeto- es importante tratar de descifrar la real ubicación de sus postulados, vale decir si es el objeto o la causa la que debe disfrutar de la primacía invalidatoria de tales operaciones. Para ello analicemos primero cuáles son las posturas respecto a la prostitución, para luego adentrarnos al aspecto legal.

A) Definición de la Prostitución

Existen múltiples conceptos que pueden llegar a darnos una idea más o menos cabal de lo que significa la prostitución en la sociedad, sin embargo, podemos acotar algunos elementos claves que definen su contextura, así ésta sería una:[866]

1. Prestación sexual por una finalidad de lucro y un precio acordado previamente.
2. Actividad relativamente permanente, cotidiana o intermitente. 3. Relación sexual con personas extrañas que lo requieran.
4. Generalmente ausente de toda relación afectiva.

Estas ideas-fuerza que pretenden tener un carácter abarcativo de la definición del meretricio, decididamente necesitan un aggiornamento que actualice y matice su fisonomía. De ahí que necesariamente deba darse una suerte de contraprestación en la que el servicio sexual tenga por correlato un precio estipulado, el mismo que puede recaer en dinero, en el cambio con otros servicios,

866 SOLIS ESPINOZA, 1988, p. 349.

en bienes o prestaciones, etc. El signo distintivo no es el dinero, sino el lucro materializado ya sea en prestaciones o en bienes o servicios.

En cuanto a que tenga que ser una actividad relativamente permanente, o intermitente, ello no implica que la hetaira pueda desempeñarse en otras actividades honestas en otros horarios y otros lugares.

Por otra parte, no es necesario e imprescindible que la meretriz siempre sostenga relaciones sexuales con extraños, ya que lo puede realizar con personas harto conocidas, clientes que requieren este tipo de atenciones con carácter amical y frecuente, por lo que no sería infrecuente encontrar lazos afectivos en las prestaciones sexuales.

De modo que el carácter que no puede faltar, el elemento configurador y estructurante que puede definir con claridad a la prostituta es su finalidad lucrativa. Por otra parte, en este estudio no hacemos referencia a la prostitución masculina, vale decir, hombres que se prostituyen, ni tampoco a la prostitución homosexual (hombres con hombres o mujeres con mujeres), sino simplemente a la prostitución femenina de carácter heterosexual, por ser el tema que nos convoca, como lo veremos en el siguiente punto.

Pero antes de ello, recordar brevemente que la prostitución significa un comportamiento antisocial o desviado, que entraña un estado de peligrosidad que muchas veces favorece un estado de criminalidad por parte de la hetaira (hurto, tráfico de drogas), siendo también un factor concomitante a la aparición de conductas delictivas como el rufianismo, proxenetismo y trata de blancas.[867]

867 ESPINOZA SOLIS, 1988, p. 347.

B) Historia de la Prostitución

Para nadie es desconocido que la prostitución es uno de los oficios más antiguos del mundo, que hunde sus raíces en las antiguas civilizaciones.

Así se habla de una PROSTITUCIÓN SAGRADA[868] como un culto especial a ciertas divinidades, en zonas de Fenicia, Babilonia e India. Era una costumbre aceptada como práctica temporal normal en los grandes imperios orientales.

Luego tenemos la PROSTITUCIÓN HOSPITALARIA, que en realidad no es una forma de prostitución sino de agradecimiento al huésped que llegaba a la casa de un amigo y éste le obsequiaba una noche con su propia mujer a cambio de un regalo al momento de despedirse; siendo el caso del norte de Africa (Marruecos, Argelia, Túnez).

Por otro lado tenemos la PROSTITUCIÓN COMERCIAL, LEGAL, CIVIL O CREMATISTICA, que es en Grecia y Roma donde tal tipo de prostitución se da sin mayores reparos ni prejuicios, destacando las famosas hetairas griegas por su posición social y cultura.

Con la llegada del Cristianismo se dieron posiciones ambivalentes, unas permisivas y tolerantes, y otras prohibitivas y sancionadoras; no obstante ello continuó a través de la Edad Media y Moderna, mientras que en el Renacimiento se da nuevamente la figura particular similar a la hetaira griega, donde ésta concurría como cortesana a las cortes y no laboraba en lenocinios.

Se cuenta que es en la época de Napoleón[869] en que la práctica de la prostitución en burdeles ("maisons de tolerance"), adquiere un relieve singular.

868 ESPINOZA SOLIS, 1988, pp. 347 y 348.
869 ESPINOZA SOLIS, 1988, pp. 347 y 348.

En el Perú, siguiendo al Inca Garcilazo de La Vega, existían las "pampairunas", que eran "mujeres públicas" que vivían solas en los campos en unas "malas chozas." En tiempos del Virreinato, el virrey Toledo da ciertas normas para el control de esta actividad, mientras que en la República, es materia de preocupación gubernamental hasta el extremo de darse en 1910 un Reglamento de Licencias de apertura de Policía para el control del meretricio.

Para Engels, la prostitución es una consecuencia de la creación de otra institución que es la monogamia. En efecto, en las sociedades primitivas existía, según Engels, el matrimonio común en el que el concepto de familia no existía, el grupo social era la tribu y las mujeres y los hombres mantenían relaciones sexuales entre todos. Era una época en la que la propiedad privada no existía. Entonces los vínculos de consanguinidad vienen guiados primeramente por el matriarcado donde los hijos de una madre podrían tener diferente padre pero seguían siendo hermanos. Por ejemplo, en la sociedad hawaiana y en las tribus Iroquois de Norteamérica los hijos de la hermana de una mujer eran sus hijos, pero los hijos de su hermano eran sus sobrinos; de la misma forma, los hijos del hermano del varon eran sus hijos, pero no asi los hijos de la hermana del hombre puesto que eran sus sobrinos. Con el adveniemiento de la propiedad privada se crea también la monogamia y por lo tanto el concepto de familia monogramica nace para preservar la propiedad y poder heredarla a los hijos del padre, no de la madre. El concepto de familia nace a partir de Grecia y Roma. Como el matrimonio grupal de la etapa primitiva es sustituida por la familia monogámica para preservar la propiedad privada, el hombre necesita de las prostitutas para seguir con sus inclinaciones primitivas de tener sexo con múltiples parejas, y las mujeres también son impulsadas a tener sus amantes fuera del núcleo monogámico. Enconces la infidelidad y la prostitución son anejas a la figura de la monogamia. Esto genera muchas contradicciones

por cuanto la doble moral hace que las aventuras del hombre sean celebradas, mas no los deslices de las mujeres.[870]

C) Posiciones Frente a la Prostitución

Las distintas posturas que tiene el Estado frente a la prostitución pueden ser entresacadas de la historia del meretricio, pasando por posturas abolicionistas, hasta las permisivas y controlistas, veamos:

1. El Prohibicionismo

Esta tendencia tuvo importancia en épocas antiguas en las que la prostitución era condenada como delito y la hetaira considerada como una delincuente. Es opinión difundida que el *prohibicionismo empuja hacia la prostitución clandestina.*[871]

Sin embargo, podemos encontrar sociedades en las que todavía se practica esta posición aunque no con tanto rigor. Es el caso de Arequipa en el Perú que, como veremos más adelante, su Municipio no contempla en sus Ordenanzas Municipales un tratamiento de los prostíbulos y casas de cita como sí se hace en otras partes del mismo país. En este caso la prostitución resulta ser clandestina, aunque no se la asuma como delito.

2. Posición Abolicionista

Esta postura pretende una abolición total y absoluta de la prostitución. Entre ellas se encuentra la de la Iglesia. Sin embargo, estas posturas que pretenden rehabilitar a la meretriz, resultan ser utópicas porque sólo intentan solucionar el efecto de un fenómeno provocado por la misma sociedad. Por lo tanto, una auténtica postura abolicionista tendría que pasar por un cambio radical (que vaya a la raiz) de la estructura socioeconómica.

870 ENGELS, 1884, 97.

871 ESPINOZA SOLIS, 1988, p. 356.

3. El Reglamentarismo

Esta tendencia es catalogada como la más cómoda y pragmática puesto que no pretende atacar el problema en sí, sino simplemente combatir uno de los efectos perniciosos y nocivos que acarrea la prostitución, es decir, el Estado tiende a reglamentar su práctica en lugares y horas, exigiendo medidas sanitarias y controlistas administrativas y policiales tanto de los locales como de las prostitutas, con el fin de contener el problema de la salud pública y el contagio de enfermedades venéreas. Este es el caso de la mayor parte de los países del globo en la actualidady incluyendo obviamente el Perú.

4. La Autodeterminación

Esta tendencia de la autodeterminación y la profesionalización de la meretriz (trabajadora sexual) es una tendencia que parte de las prostitutas europeas en la década del '60 en París, donde las meretrices de la Rue Sandini, iniciaron un movimiento de prostitutas enmascaradas el día 12 de octubre de 1963, invadiendo una iglesia católica.[872]

Asimismo existen posiciones parecidas en Holanda y en el norte del Brasil, donde las mujeres forman sindicatos y tienen su propia casa para eliminar la figura del "dueño del burdel."

Sea oportuno leer las voces de algunas prostitutas que dieron noticia de estas tendencias durante el Seminario Regional "Normatividad Penal y Mujer en America Latina y el Caribe. Vigiladas y Castigadas" organizado por el Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer (Cladern), caso de Gabriela Silva Leite (1993) que decía a la sazón:

872 SILVA LEITE, 1993, pp. 301-303.

> "Nuestra posición es que se saque todo lo que dice respecto a la prostitución del Código Penal y que las cuestiones de la prostitución sean regidas por las leyes laborales. *Nosotras nos consideramos profesionales* y pensamos que la gente sólo va a poder controlar al dueño del burdel, cuando la gente lo encare como simple patrón." (p. 303)

Esta propuesta aboga por la defensa de la prostitución como un oficio que puede ser elegido por las mujeres que así lo deseen, aunque muchas de ellas se inclinen por un planteamiento de carácter abolicionista que empuje a su erradicación, sin embargo, antes de llegar a ese punto, su postura llama a una autodeterminación, sindicalización, agrupación, requerimiento al Estado de independencia y seguridad médica y social. Así, Marena Briones, abogada ecuatoriana perteneciente a Mujeres del Atico, expresó:[873]

> "La prostitución es el paradigma de la dominación del hombre sobre la mujer, pero mi solidaridad con las mujeres que la ejercen me exige, frente a la realidad que viven, aceptar que hoy lo importante es que ***puedan trabajar sin ser estigmatizadas, sin ser coaccionadas,*** sin ser esquilmadas, sin correr riesgos que atenten contra su salud, su vida, su familia y sus hijos. Lo que me produce pavor es no saber cómo. Porque, ***bajo ningún pretexto la defensa de sus derechos puede contribuir a la creencia de que la prostitución es una forma humana de vivir.***"

Lo que reclama este discurso no es una respuesta punitiva prohibicionista de carácter estatal, tampoco pretende postular el modelo reglamentarista, sino que pretende entregarle dignidad a un

873 BRIONES, 1993, p. 274 (el subrayado es nuestro).

mal necesario, sin dejar de considerar este oficio como uno digno, vale decir, pretende entregarle dignidad a las prostitutas, a quienes en adelante se les llama ***trabajadoras sexuales,*** pasibles de ingresar al sector económico privado, de estar dentro de las leyes laborales como cualquier otra trabajadora. Revisemos brevemente un pasaje de un discurso de María Lourdes Barreto, Presidenta del Grupo de Mujeres Prostitutas de Belen de Para, al norte de Brasil:[874]

> "***Nunca voy a dejar de ser prostituta,*** por algunas consecuencias no tengo un esposo trabajando debido al trabajo que yo hago, **pero yo me siento honrada y decente** porque yo soy prostituta, gusto de lo que hago, al inicio no me gustaba porque yo fui obligada allá, pero cuando yo decidí que era la opción debida pasé a luchar...
>
> Nosotras sabemos también que hay muchas mujeres casadas que son prostitutas de sus propios maridos y lo peor de eso es que ellas no tienen conciencia, sabemos de eso. En el momento en que la mujer va a la cama sin gusto, sin querer, porque se le ofreció muchas cosas a ella, tal vez un carro, tal vez cuando era muy pobre y ella va a la cama y ella también es prostituta tanto yo como otra. O sea que **yo soy prostituta consciente,** sé lo que hago, *tengo la certeza de que soy una gran profesional y cuando entro a un cuarto, yo no paro más de 10 minutos...*"

Esta postura es relativamente singular, desafía el sistema clásico que, desde la criminología y el sistema punitivo sólo percibía tres posibilidades: prohibicionismo, abolicionismo y reglamentarismo, pero no la autodeterminación, por cuanto hasta cierto punto, como hemos visto, pretenden rodear al meretricio de una horla de

874 BARRETO, 1993, p. 294.

dignidad y respeto, incluso una trabajadora sexual se llamo "una gran professional". Nos parece que esta propuesta, al margen de consideraciones pacatas y moralinas, debe ser entendida y socorrida, no tanto para promover la prostitución que, en sí, es una conducta muy poco digna para una mujer, pero que puede brindarle al Estado la reflexión de que el primer mecanismo de superación de este fenómeno pasa por un cambio socio-económico claro y ostensible.

D) Tratamiento Legal del Meretricio en el Perú

La prostitución en sí es considerada como una conducta antisocial, un estado de peligrosidad que conlleva muchas veces la realización de otros delitos como el tráfico de drogas o el hurto, y que incluso, por su propia naturaleza genera el nacimiento de otras figuras delictivas coetáneas al meretricio que, sin su presencia, no se darían, tales como el rufianismo, el proxenetismo, trata de blancas, etc.

a) Carácter Punitivo

En cuanto al sistema penal Peruano, el Código Penal de 1991, no brinda una respuesta punitiva a la prostitución como acto, vale decir, que si bien puede ser una conducta antisocial e inmoral por contravenir la moral y las buenas costumbres, no es, de ninguna manera una conducta típicamente antijurídica y culpable.

Sin embargo, existen respuestas punitivas a las acciones colaterales que son efecto de la misrna actividad del meretricio, cual es el proxenetismo entendido como inducción o promoción a la prostitución de otra persona[875]; el rufianismo, que es la explotación

875 Art. 179 del C. Penal (favorecimiento de la prostitución): "el que promueve o favorece la prostutición de otra persona..." Art. 181: "El que compromete, seduce o sustrae a una persona para entregarla a otro con el objeto de tener acceso carnal..."

de la ganancia de la meretriz[876]; y la trata de blancas, en tanto compraventa de cuerpos ajenos entre proxenetas y lenonas.[877]

Cabe señalar que las figuras de la promoción y favorecimiento de la prostitución (art. 179), rufianismo (art. 180), proxenetismo (art. 181) y trata de personas (art. 182), están dentro del Capítulo X (proxenetismo), Título IV (Delitos contra la libertad), Libro segundo, parte especial del Código Penal de 1991 que se refiere al proxenetismo de una forma general.

b) Sistema Legislativo

De esta forma, vemos que todas estas figuras constituyen explotación de personas a cargo de otras, sin embargo, el lenocinio, en cuanto administración o financiamiento de un burdel no está penado en el Código Penal Peruano de 1991. No así en el artículo 525 del Código Penal Ecuatoriano que dice:

> "El que recibiere mujeres en su casa para que allí abusen de su cuerpo, será reprimido... si no fuere director de una casa de tolerancia establecida conforme a los reglamentos..."

Y el artículo 77 del Código de Salud del Ecuador no es menos explícito:

> "Prohíbese el ejercicio clandestino de la prostitución. **La prostitución es tolerada en locales cerrados** y quienes la ejerzan deben someterse periódicamente a los exámenes profilácticos."

876 Art. 180 del C. Penal: "El que explota la ganancia deshonesta obtenida por una persona que ejerce la prostitución..."

877 Art. 182 del C. Penal: "El que promueve o facilita la entrada o salida del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona para que ejerza la prostitución..."

Ello significa que el lenocinio no es de manera alguna un delito, la prostitución no está prohibida siempre y cuando se ejerza atendiendo a las medidas establecidas por los reglamentos: lugares cerrados, contar con un director del local, realizar los controles sanitarios, etc.

Llama poderosamente la atención el que este sistema reglamentarista elimine muchas figuras delictivas como el proxenetismo o rufianismo (al tener un director de la casa de citas), o la trata de blancas en cuanto comercio de prostitutas. Veamos la opinión de Marena Briones (1993):

> "Que el régimen jurídico ecuatoriano aparenta sancionar a quienes comercian con la prostitución ajena, pero que, en realidad, nos miente, porque si bien no prohibe el ejercicio de la prostitución, sí regula el establecimiento de prostíbulos; y con ello, permite y fomenta la trata de blancas y el proxenetismo porque cualquiera puede obtener los permisos necesarios para tener una casa de cita, y si alguien tiene una casa de cita, sin duda buscará mercadería para ofrecer." (pp. 268-269).

Estas mentiras que se ejercen en el ámbito gubernamental caen en un maniqueismo legalista donde se borra con una mano lo que con la otra se escribe. For un lado se pretende sancionar el proxenetismo y la trata de personas, mientras que por otro lado se permite estas actividades a través de la figura del director del burdel.

Esta patraña se agudiza cuando Ecuador, en 1979, ratifica el convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, obligándose a castigar a toda persona que mantuviere, administrare, financiare o participare del financiamiento de una casa de prostitución, a pesar de lo cual conserva normas

jurídicas que apoyan el régimen reglamentarista, que "simulan castigar a quienes negocian con la prostitución de otros y otras, pero en el fondo consiente y obtiene provecho del tráfico con cuerpos ajenos, a través de los impuestos y tasas para el funcionamiento de los locales para la prostitución."[878]

En este sentido el Estado se convierte en el gran proxeneta, en el gran delincuente que fomenta la prostitución, que la permite, que obtiene ventajas económicas a través de los impuestos, tasas, para el funcionamiento de los burdeles y casas de cita. Vale decir, que con el reglamentarismo se regula la figura del dueño del burdel, que en sí es un proxeneta, pero queda borrada toda alusión a su posición delictual con la condición de que se someta a los pagos respectivos al Estado, y de que se cumplan con las medidas sanitarias estipuladas.

Dicho convenio en cuestión fue abierto a la firma de los Estados el 21 de marzo de 1950, sancionando quienes mantuvieren, administraren, financiaren o participaren del financiamiento de un burdel; a quienes conectaren o explotaren la prostitución de otros, aún con el consentimiento de la persona prostituida, y a quienes dieren en arriendo un local para que se aproveche para la prostitución ajena.[879]

Con este convenio no sólo resultaban punibles las acciones del dueño del burdel, sino también todos aquellos que directa o indirectamente tenían algo que ver con dichas casas de tolerancia, como aquél que arrendaba un local para tal propósito. Demás esta decir que todo ello cae por el suelo ante la permisibilidad de las leyes en cuestión, más aún cuando el reglamentarismo del sistema nacional doméstico anula toda eficacia del sistema legal internacional de cara al abolicionismo.

878 BRIONES, 1993, p. 269.
879 BRIONES, 1993.

Lo que ocurre es que el sistema legal internacional claramente abolicionista pretende una posición irreal y utópica al perseguir un negocio que al final es casi imposible de erradicar a través de los efectos. Si la sociedad misma es la que provoca esta situación, no es en el efecto sino en la etiología socio-económica donde debe buscarse la solución. Pero obviamente que el cambio no es tan simplista que se reduzca a consideraciones estructurales socio-económicas y soslaye posturas sumamente importantes como la educación y la formación del ciudadano, extremos harto trascendentes por cierto.

Sin embargo, no sólo el Ecuador toma conocimiento de este convenio sino muchos países latinoamericanos entre ellos Colombia y Chile[880] que, pese a su suscripción y reconocimiento, contienen reglas para el ejercicio de la prostitución, a travel del control a quienes se prostituyen, a través de registros de fichaje, llenado de carnets, exámenes periódicos (profilaxis), tomando parte el Estado, lo mismo que el proxeneta, de las ganancias de las casas de tolerancia, a título de impuestos y otros.

Este mismo problema de maniqueísmo también se da en el Perú. Como vimos la figura del lenocinio, casa de tolerancia o de citas, no es reprimida en el Código Penal, existiendo un tratamiento similar al estudiado con respecto a los demás países latinoamericanos.

c) La Prostitución como Comercio en el Perú

Si bien es cierto que no existe una respuesta punitiva del Estado frente a la prostitución, sí la hay frente a quien -de muy diversas formas- explota las ganancias deshonestas de una meretriz.

Por otro lado, tampoco existe un efecto sancionador al acto de lenocinio, en cuanto financiación, administración y conducción de

880 BRIONES, 1993, p. 270.

burdeles; sin embargo, analicemos cuál es el manejo legal del asunto en el Perú.

Existe un Reglamento de Licencias Especiales de la Policía, de 1910 en el Perú, y otro Reglamento de Licencias Especiales, otorgado mediante Decreto Supremo Nº 0009-82-IN (1982), junto al Decreto Supremo 004-83-Y, que regían los destinos de todas las licencias especiales que los Municipios -antes la Policía- se encargaban de otorgar a los particulares.

Sin embargo, con la reciente Ley Nº 27180 del 1º de octubre de 1999, se modifican algunos artículos del Decreto Legislativo Nº 776 (Ley de Tributación Municipal), por medio del cual, en su artículo 68 se manifiesta que ya no existen "licencias especiales", sino sólo "licencias de apertura" de establecimiento, que son tasas que todo contribuyente debe pagar por única vez (inciso "c") y cuya vigencia es indeterminada (artículo 71).

De esta manera, debe entenderse que cuando se habla de licencia ya no debera colegirse que se trata de licencia especial, sino licencia de apertura. Esto ocurre también porque la misma ley reseñada, en su artículo 67, expresa que las municipalidades no pueden cobrar tasas por la fiscalización o control de actividades comerciales, industriales o de servicios, a menos que lo faculte una ley expresa del Congreso que autorice dicho cobro, pero hasta la fecha no se ha promulgado ninguna ley en tal sentido.

Entre estas licencias tenemos las que se entregan para los establecimientos en los que se expenden bebidas alcohólicas, o que se realicen juegos de entretenimiento accionadas por fichas, visuales, manuales, azar, etc., para las CASAS DE CITA, PROSTÍBULOS. locales acondicionados para reuniones donde se permita el baile, penas, distracciones sociales, los juegos y similares, kioscos (en los que esta prohibida la venta de bebidas alcohólicas), etc.

Las licencias de apertura para las casas de cita y prostíbulos están contenidas en los incisos "i" y "j" del artículo 2 del D.S. 09-82-IN, en estudio. Ello significa que los municipios pueden otorgar licencias de apertura, a modo de autorizaciones, para el funcionamiento de casas de cita y prostíbulos de acuerdo a dicho reglamento.

Asimismo, también este reglamento contempla un tratamiento particular con respecto a boites, clubes nocturnos, cabarets y similares en los artículos 50-56; y al respecto del artículo 50 inc. c, se establece que en los cabarets se permite el baile y la venta de licores, *pudiendo contratarse acompañantes para el baile.*

Como lo expresamos en puntos anteriores, demás está decir que tales "damas de compañía" son, generalmente, prostitutas mimetizadas o coperas, ya que encubren el meretricio mediante otra actividad.[881] Lo mismo ocurre con las trabajadoras de una sala de masaje corporal, pese a la prohibición expresa del ejercicio de la prostitución clandestina en su artículo 61.

Es decir, estamos ante un caso de prostitución clandestina y, obviamente, un caso también de proxenetismo clandestino. Nótese que los artículos 52 y 53 referidos a las susodichas boites, clubes nocturnos, cabarets y similares, hablan de "los empresarios, conductores, directores o promotores", es decir que se permite a un hombre ser el director de estos establecimientos, mientras que para los prostíbulos y casas de cita, el artículo 74 lo prohibe expresamente indicando: "Los establecimientos a que se refieren los dos capítulos anteriores (Cap. X: casas de cita; Cap. XI: prostíbulos), sólo serán conducidos por **mujeres mayores de edad,** excluyéndose la intervención directa o indirecta de hombres, quienes únicamente

881 SOLIS ESPINOZA, 1980, p. 351.

podrán desempeñarse como trabajadores administrativos, empleados u obreros..."

Entonces la situación resulta clara para un proxeneta hombre: si desea la prostitución clandestina puede conducir un cabaret, lo que le puedo redundar grandes dividendos porque hay muchos negocios en uno: venta de bebidas, damas de compañía, shows, baile, prostitución clandestina, etc.; y si desea la prostitución desembozada, lo puede hacer a través de una forma indirecta y no tan directa como la anterior, es decir, que bastará con sólo conseguirse una testaferro a cuyo nombre salga la licencia especial, pero él se encuentra detrás de todo el negocio, o sea, formalmente una mujer mayor de edad conduce el prostíbulo pero detrás de ella está el proxeneta ("hecha la ley, hecha la trampa").

Otra situación que nos llama a crítica, es la que se refiere al delito del proxenetismo que queda totalmente obnubilado cuando el prostíbulo es conducido por una mujer. Ello conlleva a pensar que la mujer que conduce uno de estos negocios jamás será proxeneta, en cambio el hombre sí, cuando en verdad tanto el hombre como la mujer están explotando un negocio deshonesto, están lucrando con una actividad antisocial, están fomentando la prostitución, el comercio carnal, la inducción al mercado de la carne. En fin son vacíos de nuestra legislación, que la ley ecuatoriana, como lo vimos, no contiene. Aunque ello no signifique que, lo plausible sea legislar en tal sentido, simplemente estamos realizando una comparación y un análisis crítico de la realidad a la que todo el mundo le aplica la moralina legislativa como veremos en un momento.

Por otro lado, el hombre sí puede tener participación en esta suerte de empresas, no sólo en forma directa, cuando vimos la institución del empresario conductor del cabaret, o en forma indirecta a través de una testaferro en las casas de cita y los prostíbulos, sino

también mediante otra forma directa en estos dos últimos negocios, cuando dicho reglamento lo permite taxativamente en su artículo 73: "El personal administrativo y obrero que trabaje en las casas de cita y prostíbulos está sujeto al régimen laboral de la actividad privada", pero si se piensa interpretar dicho artículo en el sentido de que sólo dicho personal es femenino, leamos nuevamente el artículo 74 citado *ut supra*: "...Excluyéndose la intervención directa o indirecta de hombres, **quienes únicamente podrán desempeñarse** como trabajadores administrativos, empleados y obreros..."

Esto no quiere decir sino que la prostitución es una actividad totalmente lícita en el Perú, que si se ejerce de acuerdo a dicho reglamento no habrá ningún delito, y que, además, pueden constituirse casas de cita o prostíbulos, a modo de sociedades comerciales, de acuerdo a la Ley de Sociedades en vigencia. De modo que esta actividad antisocial, inmoral y desviada sí es lícita, está contenida en las leyes, está regulada, reglamentada, parametrada.

Sin embargo, se dirá que el ejercicio de la prostitución es inmoral y por lo tanto cualquier contrato laboral con un hombre que trabaje en un prostíbulo o casa de cita como administrativo personal obrero, será enteramente nulo porque dicho contrato atenta contra la moralidad y las buenas costumbres y por lo tanto su objeto es inmoral, ilícito, prohibido, imposible jurídicamente de acuerdo al art. V del Título Preliminar del Código Civil, así como el art. 140 inc. 2º, art. 219 inc. 3º, art. 1403, etc. Entonces un contrato de tal naturaleza sería lícito o ilícito? ¿moral o inmoral? ¿nulo o válido?

Creemos encontrar la respuesta en el mismo reglamento que permite tales contratos, y no simplemente los permite sino que para obtener tal tipo de licencias dichas casas o burdeles deben organizarse jurídicamente, legalmente, deben adquirir una personería jurídica

por lo que los susodichos contratos laborales de hombres sujetos a la actividad privada no podrían ser ilícitos.

Entonces se replicará que si los mencionados contratos son ilícitos, pese a que algún sector de la sociedad los repute inmorales, tampoco podrán ser ilícitos aquellos otros contratos en los que se arrienda una casa para que sirva de casa de cita o prostíbulo. ¿Qué de ilícito tendría alquilar una casa para que sirva de prostíbulo si se cumple con el reglamento? No sería ilícito tal contrato.

Sin embargo, creemos encontrar ilicitud si un contrato de alquiler contraviene el artículo 68 del mencionado reglamento que menciona *ad literam:* "Los prostíbulos sólo podrán funcionar cuando su ubicación reune las condiciones que señala el artículo 64". ¿Y qué dice el artículo 64?, *ad pedem:* "Las casas de cita sólo podrán funcionar cuando estén ubicadas en ***lugares apartados de las zonas urbanas*** y que por lo tanto, no atenten contra los derechos de terceros. En **todo caso,** su ubicación no será menor de 500 metros de templos, conventos, colegios y mercados."

Ello significa que los prostíbulos no pueden estar en el radio urbano, sin embargo en la práctica vemos que no es así (caso de Moquegua por ejemplo). De la misma forma, dicho artículo menciona "*en todo* ***caso",*** queriendo significar que, si no puede establecerse un prostíbulo fuera del radio urbano, y se establece dentro de éste, no podrá estar a una distancia menor de 500 metros de colegios, conventos, mercados, templos, etc.

Se entiende que el mismo tratamiento tendrían las casas de cita, entendiéndose por éstas aquellos locales donde se alquila departamentos por horas, tanto en el día como en la noche, única y exclusivamente a parejas constituidas por hombre y mujer, mayores de edad (art. 62), y prohibiendo la permanencia de mujeres (art. 63).

Obviamente estos artículos son papel mojado en tinta porque la realidad demuestra que tales especificaciones muchas veces se incumplen. Pero volviendo al caso concreto del contrato de arrendamiento de bien inmueble con este propósito, no habría de manera alguna ilicitud, como tampoco la habría de contratar una conductora de casa de cita o de un prostíbulo servicios de televisión por cable, o de limpieza, seguridad, transporte, etc.

De esta manera, en torno a la prostitución no sólo se benefician las mismas meretrices y las dueñas de los locales, sino también aquellas personas que con su actividad están rodeando de manera directa o indirecta su desempeño. Estamos pensando, por ejemplo, en el beneficio que puedan tener los conductores de carros particulares (taxis) que transportan diariamente a las hetairas o a los clientes durante las horas de atención; estamos pensando en las chocolateras de la esquina que venden sus cigarros; en la salchipapera, en la señora que vende su caldo blanco al interior o exterior del prostíbulo, en el mozo que se gana un dinerito para mantener la educacion de sus hijos, en los cuidantes que brindan seguridad al interior y exterior del local, en el servicio de limpieza, en las empresas distribuidoras de cerveza, gaseosas y cigarros, en las farmacias que venden condones y pastillas anticonceptivas, jaleas y demás; en la empresa que brinda servicios de televisión por cable, en los bancos que guardan el dinero de las meretrices y de las conductoras de los locales, de las tiendas de ropa o de zapatos donde las meretrices gastan su dinero, o hasta de los proxenetas encubiertos por una testaferro, en toda aquella gente que se beneficia con este comercio de la carne, en todas las personas que directa o indirectamente gozan del trabajo y de la explotación de la mujer, del salvajismo de la sociedad que permite entregar a sus mujeres a la indignidad de los placeres de la sensualidad, a toda esa gente que, consciente o no, goza, disfruta y vive de ese negocio que la ley lo regula y lo permite.

¿Y qué es lo que hace el Estado a través de los municipios?, fiel a la convicción reglamentarista por un lado (aunque la Iglesia y la moralina sean abolicionistas), pide una licencia especial de funcionamiento, una mami conductora del local, carnets sanitarios y certificados de control periódico para las prostitutas, examen de elisa, que en suma son documentos de control según el artículo 70 del reglamento en debate.

¿Podemos cerrar los ojos ante tan cruda realidad?, ¿podemos negar una realidad tan palpitante cual es el negocio que mueve millones de dólares en el Perú y el mundo? Claro que no, pero el Estado se presenta como el gran mentiroso, el que por un lado le hace caso a la Iglesia con su pacata moralina y pretende punir conductas delictuales coetáneas a la prostitución, pero por otro lado, se presenta como el gran proxeneta que regula este mega-mercado, este mega-negocio a través de sus controlismos administrativos, médico-sanitarios, influido por su discurso prevencionista, cobrando impuestos y tasas, o imponiendo sanciones, etc. que en suma no es más que dinero, dinero con el que se ayuda a pagar el sueldo de un cuidante del concejo, dinero con el que se ayuda a mantener el sueldo del Alcalde o de un regidor, dinero con el que se ayuda a parchar una pista, con el que se ayuda a levantar un puente o a festejar a la ciudad por su aniversario, dinero del que indirectamente gozan todos los ciudadanos que repudian y odian la prostitución, dinero con el que se paga el IGV (impuesto general a las ventas) de todo los bienes y servicios que circundan un prostíbulo o una casa de cita, dinero que va a parar al fisco, dinero con el que se ayuda a levantar un monumento, dinero con el que se ayuda a pagar la deuda externa, dinero con el que todos se benefician, incluyendo los sacerdotes que reciben limosna de manos de las meretrices, cuales Maria Magdalenas.

Obviamente estamos frente a un negocio de proporciones, naturalmente que el Estado no tiene como única fuente de ingresos

ésta, pero es verdad también que constituye una fuente de ingresos, grande o pequeña, pero fuente ingresos a fin de cuentas.

En este sentido, algunos pensarán que estamos exagerando, al mencionar que el dinero de la prostitución levanta puentes, edificios, etc. Por ejemplo, si pensamos que del valor total que cuesta levantar un puente, el 0,1% podría provenir de licencias de apertura, entonces se nos dirá que no estamos exagerando. ¿Cómo poder exagerar cuando la misma ley se incumple?, cuando el artículo 79 del reglamento prohíbe todo tipo de propaganda de casas de cita y prostíbulos, y muy bien vemos que en los periódicos a diario tenemos cientos de avisos que son pagados, que mantienen de alguna manera el periódico, que producen dinero, entonces no estamos exagerando sino leyendo la realidad con ojos nada miopes.

d) Medios de Comunicación

Veamos algunos avisos de la prensa doméstica, para no irnos al mercado internacional. Todos pertenecen a un diario de circulación nacional (para muestra un botón), cuya línea es catalogada de centro-izquierda moderada, veamos:

LA REPUBLICA, Viernes, 3 de abril de 1998, dice:

> **LEONELA**, elegancia amorosa, discreción, atiende ejecutivos y turistas, llámame 054-285473.

> **CHARAPITA**, satisface tus más íntimas fantasías a viajeros, ejecutivos y turistas, discreción. 054-696201

Y estos servicios, se repiten sempiternamente. Veamos, otros ejemplos en los que las agendas utilizan celulares:

LA REPUBLICA, Viernes 01 de mayo de 1988.

PLAY BOY PARA HOMBRES.
Damas de compañía clase A-l, shows para despedidas, atención permanente.
Teléf. 600113.

ALEXA. Soy joven y complaciente, realizo shows, llámame al 690419.

WOMANS. Exhuberantes señoritas brindan servicios a caballeros serios y discretos. Teléf. 693937 (Insistir)

ALEXANDRA. Señoritas sensuales, bonitas, cariñosas te brindan momentos inolvidables, realizan shows especiales para despedidas de solteros, diviértete con nosotras. Llámanos 601299.

¿Y quiénes se benefician con la compra de celulares (teléfonos móviles)?, ¿quiénes se benefician con la compra de la línea telefónica después de adquierir un aparato celular?

¿No son acaso las empresas de telefonía del Perú quienes se encargan de otorgar las líneas telefónicas para estos teléfonos celulares, la misma que se encarga de vender tarjetas pre-pago, que recolecta un sinnúmero de utilidades cuando los furibundos clientes hacen uso de cualquier teléfono móvil, fijo o público para llamar a estas ardientes señoritas? ¿existe o no existe dinero que mueve la prostitución? ¿acaso no se benefician los múltiples puntos de venta de celulares que venden estos aparatos, así como los que brindan servicio técnico, o venden repuestos, antenitas, fundas, cargadores,

baterías y demás? ¿cuántos capitales están en juego detrás? ¿cuántos dólares mueve la prostitución sólo en compra de celulares, alquiler de éstos, compra de repuestos, etc.? Y estos avisitos no se dan un día sino todos los días, sino observemos:

LA REPUBLICA, Sabado 13 de Junio de 1998.

> **ELEGANCIA**, dulce, amorosa, discreción, clase A-l, turistas, ejecutivos y viajeros. 696201

> **LESLY**, brinda sus servicios para ejecutivos, turistas, tercera edad. Teléf. 679819, no me olvidarás.

> **GAVI**, brinda sus servicios para ejecutivos, turitas, tercera edad, despedida de solteros. Fono, 265964.

Repárese en que sólo estamos transcribiendo unas poquísimas perlas, sin mencionar toda la propaganda de cabarets, night clubs, boites, etc., y sin repetir tampoco los avisos que diariamente se presentan en estas famosas secciones. Tampoco estamos considerando los avisos de aquella prensa amarilla, de aquellas decenas de periódicos dedicados a los chismes y la pornografía, a la información barata y los negocios que se esconden tras de ella. Y así podemos continuar:

LA REPUBLICA, Viernes 11 de setiembre de 1998.

> **Sexy Club**, bellas modelos complacientes, shows, telf. 440256.

LESLY, Fiorela, Gabriela, señoritas complacientes, cariñosas, brindan sus servicios só1o para ejecutivos, turistas. Shows para despedidas de soltero. 679819-266782, 24 horas.

TAMARA, damas de compañía, dulces, cariñosas, caballeros elegantes, llámame. 437656.

JOVENCITA sensual, complaciente, discreción. Dalia 200098. Turistas, ejecutivos y tercera edad.

UN RELAX, complaciente discreción charapita 696201. Atención permanente, turistas, ejecutivos y abuelitos.

PENELOPE, hermosas, cariñosas y complacientes, brindan servicios a caballeros, atrévete y llámanos. Telf. 60-5769.

Y así podemos llenar cientos de páginas con estos avisitos, muchas otras con avisos que se propalan en la televisión en horas determinadas, y todo ello significa dinero. Como podemos observar de los avisos anteriores, mientras más pasa el tiempo, mientras más crisis económica existe, mientras más se arrecia la hiper-recesión, el hiper-hambre, el hiper-desempleo, también aumentan estas casas de prostitución, tanto así que hasta aparecen avisos solicitando damas de compañía (léase prostitutas), y obviamente muchas más agencias empiezan a pulular porque el negocio es bueno y da buenos dividendos. Veamos este último aviso:

LA REPUBLICA, Viernes 02 de octubre de 1998 (en plena crisis recesiva):

> **ALONDRA**, bonita, cariñosa, caballeros elegantes, absoluta discreción. Llamar 679424.

> **NECESITAMOS** damas de compañía, BUENA PRESENCIA (SOCIO-A), POSEO LOCAL AMOBLADO. 679525, Insistir.

Así se prostituyen estas damas, ante la vista y paciencia de todo el mundo, proliferando agencias de prostitución "amobladas", con todas las garantías, sin ninguna preocupación por ser perseguidas como lo son las prostitutas callejeras. Al respecto la abogada ecuatoriana Marena Briones se expresó:[882]

"La dimensión económica está presente no sólo como causa del fenómeno sino también como configurador del blanco al cual apunta la mirilla del sistema de poder, pues sus tentáculos, una vez más, sintonizan sus antenas hacia quienes están fuera de su centro: a las prostitutas callejeras, a las de bares o cantinas, a las de cuartuchos, a las de cabarets de mala muerte." Y luego continúa: "Es fácilmente verificable que las prostitutas de nights clubs (sic), las de cenas y negocios, las 'call girls', no pasan ni por fichas, ni por exámenes, ni por comisarías, ni por detenciones arbitrarias. Con ello no quiero decir que deban ser objeto del control institucional; mi llano propósito es el de insistir en la desfachatez de los organismos de poder y de sus secuaces."

882 BRIONES, 1993, p. 274.

Esto a propósito del doble tratamiento del Estado, a través de sus aparatos de poder frente a las prostitutas que trabajan unas en la calle sin ninguna protección, y otras contando con toda la protección del caso, bajo la reglamentación y organización adecuada. También aquí existe una doble moral. Doble moral de la misma sociedad "a Dios rogando y con el mazo dando", que conjura la prostitución, y sin embargo se sirve indirectamente de ella; a una doble moral en la que la sociedad enseña que hay dos tipos de mujeres: las buenas, para casarse; y las malas, para satisfacer los instintos poligámicos de los hombres; una doble moral en la que la mujer que hace el amor con muchos hombres, cobre o no, es una prostituta, y de los hombres que mientras más mujeres tengan son más "machos"; a una doble moral en la que el Estado pretende castigar y no obstante fomenta este negocio; a una doble moral en la que todos se precian de muy morales y sin embargo utilizan a la mujer en las despedidas de soltero de sus propios amigos; una doble moral en la que los Municipios, la Policía, el Ministerio Público sólo intentan reducir mediante sus "operativos" las consecuencias del problema y el Estado no ataca el fenómeno de raiz; a una doble moral, en fin, en la que todo contrato que tenga que ver con la prostitución es inmoral, no obstante ser lícito porque la ley legítimamente lo permite.

En esta medida, la licitud de todos aquellos contratos que tengan que ver de una manera indirecta con la prostitución, no sería discutida. La legitimidad de estas operaciones debería analizarse desde tres fuentes: la conducta, la norma y los valores. Si nos atenemos a los valores, al plano axiológico, obviamente que ningún contrato sería legítimo porque sería inmoral tratar comercialmente con las prostitutas ya que se fomentaría, se induciría y se apoyaría este negocio; mientras que desde el plano conductual, la prostitución sería legítima porque constituiría una costumbre inveterada que

inficiona todo lo que toca, mientras que por el lado de la ley habría también legitimidad normativa.

De modo que éste es un claro ejemplo de cómo un contrato puede ser inmoral sin ser ilegal. El contrato por el que se arrienda un inmueble para constituirse en casa de cita o en prostíbulo podría ser catalogado de inmoral porque el arrendador ingresa a sabiendas al círculo de la prostitución y goza indirectamente de sus beneficios, sin embargo, la ley lo permite y lo fomenta.

Materia algo complicada será, por otra parte, definir si puede ser ilícito una operación por la cual se contratan los servicios artísticos de una dama para hacer "strip tease". El caso concreto sería la demanda ante el incumplimiento por parte de la agencia de modelos que no envió oportunamente a la señorita encargada del espectáculo, habiéndose cancelado la suma de dinero por concepto de la prestación. Este sería un caso algo singular, pero nada ilícito por cuanto, si para algunos es inmoral, no sería ilegítimo desde la perspectiva normativa, conforme lo tenemos anotado desde líneas anteriores.

Caso distinto sería el que un grupo de ciudadanos demande a un grupo de señoritas, por cumplimiento de contrato, en la figura de falta de prestación de servicios sexuales, cuando en verdad existió previo pago del precio convenido, dentro del local de un prostíbulo, por ejemplo. Todo encajaría formalmente a la perfección, el contrato se daría dentro de un prostíbulo que cuenta con todas las reglas técnicas especificadas por el reglamento, las hetairas contando con sus carnets y revisiones sanitarias al día, habiendo acuerdo entre el servicio y el precio, con el único problema de la falta de prestación por parte de las meretrices. ¿Sería procedente un tipo de demandas de este tipo?, ¿sería nulo este contrato de locación de servicios

sexuales?, ¿sería válida la operacion?, ¿es lícita o ilícita la medida negocial?, ¿es un negocio jurídico?, ¿es inmoral o moral?

Particularmente pensamos que sería muy complicado atender este tema en un caso concreto como el que se nos plantea, simplemente por dos consideraciones. Primero porque legalmente no sería ilícito, todos los ingredientes de un acto jurídico se darían, es más, la norma protegería este tipo de actividades y esa demanda sería parecida a la que podría entablarse a una bailarina que incumple la prestación de sus servicios artísticos en un momento determinado; sin embargo, la ilegalidad podría devenir del lado de considerar que las partes del cuerpo humano no son objeto de venta o alquiler, sino de donación, y en este caso se está produciendo, si bien no una venta, un arrendamiento de servicios que tiene que ver con el cuerpo. A este respecto el artículo 6[9] del Código Civil Peruano refiere: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios."

Forzando la figura se diría que lo que se está arrendando, al fin y al cabo, es un órgano sexual -la vagina femenina- y que no existiría óbice para poder concluir con este tipo de contrato si se piensa que -por ejemplo- las cantantes también alquilan un órgano para poder trabajar, cual es el de las cuerdas vocales. Ante esta argumentación, cabe el reproche que endilga la siguiente consideración.

La existencia de la moral, el orden público y las buenas costumbres, haría que el negocio caiga y se declare improcedente este tipo de demandas, que anularía este contrato por tener un objeto inmoral y por ende ilícito y jurídicamente imposible según los

artículos pertinentes del Código Civil, por lo que no prosperaría una acción judicial de tal envergadura en el Perú.

Sin embargo, la pregunta recurrente vendría a inquirirnos si para la anulación de tal negocio se tomó como elemento de referencia la causa o el objeto, el fin o la prestación. Resulta enteramente claro que lo que resulta inmoral es la prestación sexual, el pagar para someter a una mujer, es la conducta la que hace ilícita esta prestación objeto de la obligación, que genéricamente es objeto del acto jurídico y por ende contagiaría con su ilicitud al acto jurídico mismo sin necesidad de recurrir al fin o a la causa.

En estos ejemplos la causa resulta super-erogatoria, un elemento postizo, desplazable, sin ninguna utilidad al respecto. Basta aplicar el artículo V del Título Preliminar del Código Civil para anular contratos contrarios a la moral y las buenas costumbres, basta ello para saber que la conducta inmoral contraviene la moral y por ende resulta inmoral e ilícito, ergo imposible jurídicamente.

Pero habría que analizar otra cuestión sumamente importante con respecto al Perú. Como hemos destacado en el Reglamento de Licencias de apertura se requiere de una Ordenanza Municipal de cada provincia para darle andamiento, sin embargo, vemos que en todas partes del Perú, dichas Ordenanzas Municipales contemplan las casas de cita y los prostíbulos, menos en Arequipa donde sólo hay cabarets, night clubs, boites y demás. Arequipa sería el lunar que no permitiría prostíbulos, como lo veremos en el siguiente punto.

e) Los Lenocinios en Arequipa

Como lo manifestamos anteriormente, Arequipa no cuenta con prostíbulos, ni casas de cita como lo reglamenta el D.S. 009-82-IN, sino que tiene boites, clubes nocturnos, cabarets y similares en donde se practica la prostitución clandestina.

Si revisamos la Ordenanza Municipal No. 45 de la Municipalidad Provincial[883] de Arequipa del 18 de diciembre de 1997, veremos que en el artículo 1º del Capítulo 1º se mencionan las casas de cita y los prostíbulos, indicando que son contribuyentes los propietarios de esos inmuebles y/o conductores de dichos establecimientos (art. 5º), pudiendo la Municipalidad Provincial de Arequipa retirar la ubicación de estos locales si atentan contra la moral y las buenas costumbres (art. 8º). Sin embargo, en los capítulos dos, tres y cuatro no menciona absolutamente nada con respecto a tales establecimientos. Es decir, dentro de las generalidades, se remite a repetir lo que considera el Reglamento de Licencias Especiales (hoy licencias de apertura), pero en los subsiguientes capítulos guarda silencio con respecto a tales negocios.

En efecto, en el capítulo segundo se mencionan a los restaurantes, café teatros, video pubs, karaokes, bodegas, pulperías, tiendas de abarrotes, licorerías, galerías de tiro, kioscos, juegos, carritos, fulbito, salones de té, café, heladerías, pastelerías, dulcerías, bares, cantinas, tragotecas, cabarets y club nocturnos, discotecas, peñas, jardines, recreos, salones de billar, video juegos, nintendos, tragamonedas, moteles, etc. No se mencionan las casas de cita ni los prostíbulos, no se reglamentan, nadie puede sacar una licencia de apertura para estos menesteres. Y no se piense que por ser de 1997 la susodicha ordenanza ha cambiado la realidad, ya que las de los demás años sólo cambian para efecto del monto de las tasas, sanciones y multas, conservando el esqueleto reglamentarista de igual manera. Incluso si revisamos la nueva Ley 27180 del 1º de octubre de 1999, se

883 Esta Ordenanza Municipal puede cambiar constantemente, por tratarse de un reglamento sujeto a los cambios dispuestos por las leyes. Estos cambios pueden apreciarse, por ejemplo, según se manifestó con respecto a la nueva Ley Nº 27180 (del 1º de octubre de 1999), en el hecho de que los municipios ya no deben extender licencias especiales, sino sólo licencias de apertura, las que pan los contribuyentes por única vez, teniendo una vigencia indeterminada.

estipula que ya no existen licencias especiales, sino sólo licencias de apertura, las mismas que se extienden por única vez y tienen vigencia indefinida, con lo cual queda subsistente la situación antedicha, pese a que tales Ordenanzas Municipales cambien en la forma.

f) Proyecto Concejal

Ante este asunto, esta laguna de interés público, en el año de 1993 se presentó una propuesta interesante que pretendía crear un lenocinio municipal. En el diario local "Correo" de Arequipa, jueves 04 de noviembre de 1993, p. 07 encontramos lo siguiente:

REGLAMENTO EDIL DE LIMA SOBRE LENOCINIOS SE APLICARIA EN PROYECTO AREQUIPENO

> Los reglamentos ediles que regulan el funcionamiento de los prostíbulos de Lima y Callao, serían aplicados en el proyectado lenocinio municipal tras un estudio de los mismos, por parte de la Comisión de Licencias de apertura. Un vocero autorizado de la Municipalidad Provincial, informó que una comitiva especial, a solicitud del presidente de la Comisión de Licencias de apertura, regidor Víctor Huerta Haro, viajó a la capital de la República para recoger toda la información posible, así como las normas y disposiciones ediles que existen o se aplican en torno a los prostíbulos en Lima y Callao, donde funcionan con autorización municipal.
>
> Como se sabe, el regidor Víctor Huerta, presentó ante el pleno del Concejo en sesión ordinaria, la propuesta de la creación de un lenocinio en Arequipa, como una forma de contrarrestar el ejercicio de la prostitución callejera en la Ciudad Blanca, y una vía para reducir los índices de enfermedades de transmisión sexual.

> La fuente dijo que la comisión regresará en los próximos días para estudiar las normas correspondientes y su posible aplicación aquí sí prospera la propuesta del referido concejal.
>
> Víctor Huerta, anunció en días pasados que presentara en las subsiguientes semanas, el proyecto integral para la creación de un lenocinio, el mismo que deberá ser considerado por las autoridades municipales de la ciudad."

Como vemos a finales de 1993 existía la preocupación del Municipio de dotar a la ciudad de un lenocinio implementado por el Municipio mismo, no se dijo que se daría a licitación su construcción ni su administración como ocurre en otros departamentos del Perú en donde el Municipio no implementa los lenocinios sino que simplemente se limita a regularlos y controlar el cumplimiento de las medidas exigidas de acuerdo con el discurso médico-sanitario, controlista y reglamentarista. De esta forma, el Concejo procedía a implementar un prostíbulo con el fin de erradicar la prostitución clandestina y evitar el contagio de enfermedades venéreas. Vale decir, Arequipa quería ser consecuente con la corriente nacional donde cada provincia y circunscripción regula sus burdeles, prostíbulos y casas de cita, y el Municipio comprendió que requería una norma acorde con el entorno nacional.

En el diario local "Correo", de Arequipa, domingo 14 de Noviembre de 1993, p. 02, se dijo:

AREQUIPA TENDRA "CASA DE CITAS"
Se ubicará en Kilómetro 8.5 de la Variante

> "Tras una serie de marchas y contramarchas, Arequipa contará por fin con un lenocinio, el mismo que se ubicará en el kilómetro 8.5 camino a la Variante de Uchumayo,

cuya construcción sera promovida por la Municipalidad Provincial ante el alarmante aumento de prostíbulos clandestinos en la ciudad, informó ayer el Presidente de la Comisión de Licencias de apertura, regidor Víctor Huerta Haro.

Para tal fin, continúe, la autoridad edil, en las próximas horas, el Municipio que ya aprobó su construcción, licitará la administración.

Indicó asimismo, que el proyecto para el levantamiento de dicho local se encuentra acabado, el mismo que fue diseñado por un arquitecto.

"Constará de dos plantas con 54 habitaciones, cada una de ellas de tres metros de largo por tres de ancho, además de una zona para un puesto policial y una posta médica", detalló al tiempo de añadir que todo se levantará sobre mil seiscientos metros cuadrados.

Explicó que la Municipalidad se encargará de reglamentar su funcionamiento, aparte de llamar a licitación para la correspondiente administración, aparte que será muy exigente en la limpieza e higiene del mismo.

Huerta Haro manifestó, también, que se estudia los servicios de tránsito a la zona, como la dotación del alumbrado, agua y desagüe.

Como se recuerda, el ex-alcalde de Arequipa Luis Cáceres Velásquez en su segunda gestión consideró dentro de su plan de trabajo la construcción de prostíbulos en zonas alejadas, con la finalidad de eliminar los lugares clandestinos en donde practican la prostitución.

Sin embargo, tal 'promesa' se frustró por una serie de observaciones realizadas por ciertos sectores de la

población, aunque otros respaldaron dicha iniciativa que nuevamente fue tomada en cuenta hace algunas semanas por el regidor Huerta Haro ante la proliferación de lenocinios 'informales' en las riberas del Chili, tanto en el sector de Chilina, como también en los 'Chilcales'. Estos últimos quemados por personal del Concejo Provincial.

Con la instalación del prostíbulo y debidamente reglamentado su funcionamiento, dijo además el regidor, se estará evitando también el contagio de enfermedades venéreas, como la transmisión del peligroso SIDA, que en los últimos meses cobró nuevos infestados en Arequipa.

"Es hora que Arequipa tenga su lenocinio para evitar mayores problemas en lo posterior, los mismos que fácilmente pudieron ser controlados y en especial detenidos", anadió.

Entonces al primigenio discurso que se basaba en el control de la prostitución callejera y de las enfermedades venéreas, ahora se dice que se desea erradicar la prostitución clandestina; además se menciona que el Municipio construirá un lenocinio que dará su administración a una contratista en licitación. Se hace referencia a proyectos de anteriores mandatos y al apoyo de la población. Este último punto es importante destacar, de modo que sería sumamente interesante bucear en el pensamiento de la gente para saber si estaban o no de acuerdo con estas medidas. A continuación, analizaremos cómo la gente en su gran mayoría -llámese hombres y mujeres- interpretaron estas medidas de una forma positiva. La lectura del siguiente artículo es sumamente interesante porque con ello tomamos la temperatura social de lo que significaba la moralidad y buenas costumbres en esa fecha. Una cosa es

lo que la moralina predica desde los libros, y otra lo que la gente siente, piensa y vive. Veamos:

Diario Correo, Arequipa, lunes 15 de noviembre de 1993.

¡ERA HORA QUE AREQUIPA TENGA UN PROSTÍBULO!
Dicen pobladores encuestados por Correo

La implementación de un prostíbulo legalizado en nuestra ciudad, propuesto por el regidor de licencias de apertura de la Municipalidad Provincial, Víctor Huerta Haro, provocó diversos comentarios en nuestro medio.

Como se recuerda el concejal, meses atrás hizo la propuesta públicamente, la misma que con el pasar del tiempo se viene haciendo realidad, ya que en recientes declaraciones dijo que se cuenta con un terreno para su edificación en el kilómetro 8.5 de la Variante de Uchumayo.

CORREO en una rápida encuesta entre los ciudadanos arequipeños, pudo comprobar que la mayoría está de acuerdo con la apertura de un lenocinio, pero debidamente controlado por las autoridades competentes.

Los encuestados argumentaron que era necesario la creación de un establecimiento de este tipo, para evitar de alguna forma el avance de enfermedades sexuales, entre ellas el SIDA, ya que se brindarán las garantías del caso como para que el "cliente" acuda a esta casa de citas sin ningún temor; aunque otros opinaron lo contrario.

RAMIRO ZAVALETA: "La creación de un prostíbulo legal en nuestra ciudad no es el fin de los problemas de la profilaxia social, lo que se debe hacer es dar una educación sexual adecuada en los colegios y universidades, además

quien garantiza el funcionamiento adecuado de este establecirniento."

WALTER OBANDO: "Es buena la decisión de crear un prostíbulo en Arequipa, porque se controlará y evitará el avance de enfermedades venéreas, las cosas que se hacen clandestinamente no traen buenas consecuencias; pero que este establecimiento se ubique fuera de la ciudad y sobre todo de centros de studios."

ALBERTO RODRIGUEZ: "Es una propuesta favorable, porque permite dar mayor seguridad a las personas que recurren a las casas de citas, sobre todo a los jóvenes, porque se indica que se controlará a las personas que trabajarán allí."

ROCIO VARGAS: "La creación de un lenocinio con todas las normas del caso, permitirá dar mayor seguridad a las personas que los frecuenten, por consiguiente, evitarán contagiar a sus parejas con enfermedades venéreas."

SOLEDAD DE LOZANO: "Es lo más recomendable ante tanta clandestinidad que existe al momento. Estos lenocinios brindarán garantías para los usuarios, pero el control deberá ser permanente."

TEODORO LLANQUE: "Ya es hora que se instale un establecimiento de este tipo en nuestra ciudad, si en otros lugares existe por qué en Arequipa no. Además, contribuirá a cuidar la salud de los jóvenes que permanentemente visitan estas instalaciones."

Como podemos apreciar, queda claro que el pulso social se mostraba a favor de tales medidas basando sus argumentos en las plataformas ya conocidas a partir de las posturas sanitarias, educativas, profilácticas, etc.; por lo que la pregunta es más que recurrente ¿entonces que ocurrió con

tales lenocinios si había legitimidad normativa y legitimidad social?, ¿acaso pudo más la moralina en la figura del clero?... Veamos qué ocurrió:

Diario "Arequipa al Día", miércoles 24 de noviembre de 1993.

ARZOBISPO NIEGA SU APOYO A CONSTRUCCION DE PROSTÍBULOS

Frente a la publicación, en un diario de circulación nacional, de un pretendido apoyo por parte de mi persona para la construcción de un prostíbulo me veo en la necesidad de aclarar lo siguiente:

1. No existe ni tal apoyo ni aprobación. La construcción de un prostíbulo no es ninguna solución a un fenómeno producto de la pobreza y que mancha la dignidad de la mujer dentro de la sociedad.
2. Se ha tergiversado mi declaración, pues frente al hecho de la construcción de un prostíbulo, que en sí es un daño y peligro para la juventud de Arequipa, en ningún momento emití declaraciones que puedan ser utilizadas como un apoyo a dicho tipo de centros.
3. La construcción de este tipo de locales es una claudicación para quienes creemos que la persona humana por ser llamada a vivir la vocación del hijo de Dios, está convocada a vivir la sexualidad en la vida matrimonial en un marco de amor, comunión y fidelidad.
4. Finalmente, este tipo de locales no sólo no es una solución para quienes por su formación y situación económica se ven más afectados por la crisis que vive el país, sino que representa igualmente la creación de un

foco de posibles males físicos y de evidente degradación moral.

Arequipa, 23 de noviembre de 1993

Fernando Vargas

Arzobispo de Arequipa

Estas declaraciones del representante de la Iglesia en Arequipa, son las que hicieron sucumbir la initiativa de crear un lenocinio municipal. Resulta curioso cómo la valoración axiológica por parte de un sector de la sociedad incluido dentro de la Iglesia, haga trastabillar toda una propuesta amparada legislativa y socialmente como vimos anteriormente. Es más, sectores reaccionarios a esta propuesta se dejaron sentir a la brevedad del caso, sepultando con su fuerza toda esta propuesta:

Diario "Arequipa al Día", miércoles 24 de noviembre de 1993.

EL REGIDOR Y LAS PROSTITUTAS
(Sainete en un solo acto, por el notable dramaturgo Andrés Bedoya Ugarteche)

Dramatis Personae:

Helard Cacho, regidor de la Ilustre Municipalidad Provincial de Arechincha.

Nilda, esposa de Helard.

(La escenografía representa el salón de una casa de clase media, con profusión de elementos decorativos de dudoso gusto. Floreros de plástico con flores artificiales, al fondo el retrato iluminado de algún antepasado, y sobre el televisor un perro de yeso. A la izquierda, al costado de una puerta, un pequeño bar decorado con calcomanías de marcas de

cigarrillos, una puerta en el foro. Nilda aparece tejiendo en uno de los sillones).

Helard: (Ingresando precipitadamente por la puerta del foro). "¡Nilda! ¡Por fin!"

Nilda: (Sin levantar la vista de su tejido) "¿Y ahora qué pasa, querido?"

Helard: (Excitadísimo) "¡Ya salió el permiso! ¡Ya tenemos todos los papeles! Hasta hemos conseguido el terreno para la construcción."

Nilda: (Continúa tejiendo) "¿Para la construcción de qué, pichón?"

Helard: "¿Cómo que de qué? La casa de citas, mujer, la casa de citas..."

Nilda: (Arrojando el tejido, se pone de pie de un salto) "¡Ya te he dicho que no vuelvas a mencionarme ese burdel, pedazo de cabrón!"

Helard: (Zalamero. ignora el exabrupto) "Pero amorcito, con esta obra nuestro concejo provincial pasará a la historia. Vamos a resolver todos los problemas sico-seco-sociales de la población. (Mira al cielo, arrobado). Nuestro prostíbulo municipal quedará como la Octava Maravilla del Mundo. ¡Y si contamos con la colaboración de las familias de los regidores... para qué te cuento!"

Nilda: (En tono amenazador) "Si vuelves a mencionar 'eso', te las vas a ver conmigo. ¡So caficho!"

Helard: (Tratando de tranquilizarla) "Pero mi cielo, es absolutamente necesario que las familias de los regidores, particularmente las esposas intervengan en el quehacer municipal."

Nilda: (Furibunda) "¿Convertirnos a todas en meretrices es parte del 'quehacer municipal'?"

Helard: "No lo mires por ese lado. Considéralo como un sacrificio al que debemos someternos. Después de todo, debemos dar el ejemplo..."

Nilda: "¿Ejemplo de qué, idiota?! ¿Pretendes que mis hijas y yo trabajemos en ese burdel? (¡Santo Dios de Abraham! ¡¿Por qué?!"

Helard: (Sentencioso) "Debemos ser consecuentes con nuestras ideas, querida. Lo que consideramos bueno para las esposas, hijas, madres y hermanas de los arechinchanos, ¡también debe serlo para las nuestras!"

Nilda: "Tú estás loco, y también esos alcohólicos huaraperos de tus compañeros concejales."

Helard: "Pero querida. Míralo por el lado bueno. Vas a conocer un montón de gente nueva. Quién sabe si mañana te vayas a 'ocupar' con Gian Carlo..."

Nilda: (Nerviosa y tratando de aparecer casual) "Helard, por Dios, ¿te has dado cuenta de lo que eso significaría? ¿Qué dirá el señor Obispo? ¿tendríamos que usar condones, y eso está prohibido por la Iglesia..."

Helard: "¡Qué hablas mujer! ¿Es que no miras televisión? ¿No ha escuchado las últimas declaraciones del Obispo?"

Nilda: "¿Qué ha dicho?"

Helard: "Está completamente de acuerdo. Lo considera un mal, pero qué se va a hacer. Por lógica consecuencia, también debe estar de acuerdo con los condones."

Nilda: (Nerviosa, pero con entusiasmo creciente, se pasea por la habitacion). "No sé, no sé..."

Helard: "No te preocupes. Yo entiendo que al comienzo será un poco difícil. Por eso he conseguido que te pongan en el horario escolar, a las cinco de la tarde."

Nilda: (Con una chispa de coquetería) "¿No estoy muy vieja para esos muchachones?"

Helard: "¡Qué dices, mujer! ¡Estás que arrebatas morena! Si tú hubieras visto las viejas con las que me metía allá por los años de la Flor de Lima..."

Nilda: "Helard! ¿Te atreves a compararme con esas mujerzuelas que...?"

Helard: (Interrumpiendo) "¡Cómo se te ocurre, mi vida! Anda, habla con las chicas, a ver si aprendes algo. Ellas sí deben estar al día con lo último del arte."

Nilda: "Bueno, mi amor. Si el pueblo lo pide..."

Helard: "¡Qué bien, mi cielo! Voy a darle la buena noticia al alcalde. Apenas talemos varios árboles y nivelemos el terreno, pondremos la primera piedra. ¡Adiós mi amor! ¡Estoy TAN contento! (Sale disparado por la puerta del foro. Nilda camina cadenciosamente hacia el gran espejo. Ensaya varias poses y se levanta la falda para exhibir las piernas. Emite un hondo suspiro y se echa provocativamente en el sofá. Cortina lenta acompañada de música muy brillante e "in crescendo"). FIN.

Este pequeño sainete muestra de manera clara, junto a las declaraciones del representante de la Iglesia en Arequipa, cómo es que un sector harto influyente del clero local pudo más que toda una propuesta que venía años atrás, respaldada por el grueso de la población y las normas legales. No por nada se dice que Arequipa es la "Roma de America."

Sin embargo, más allá de estudiar quién ganó o perdió con la consecuencia de tales medidas, es importante señalar que se dieron tres posturas. En primer lugar nació un planteamiento regulador, controlista, desde las trincheras del Municipio; luego se dió otro abolicionista desde las canteras clericales, culminando en un sistema prohibicionista que no hace más que fomentar la prostitución clandestina a la vista y paciencia de todo el mundo.

8. LA CAUSA Y EL OBJETO

Quiera el acápite anterior servir de pie para seguir analizando la concomitancia de la causa y el objeto, su primacía, su influencia y su participación en el seno del acto negocial.

Un sector de la doctrina piensa todavía que se constituye un fin ilícito el arrendar un inmueble para el establecimiento de un garito (motivo o fin ilícito).[884] Como ya vimos, ni con el fin ilícito ni con el objeto ilícito este contrato puede anularse porque resulta ser del todo ilícito, aunque algunos autores sigan pensando que es contrario a la moral, orden público o buenas costumbres.[885]

Es en esta senda donde recopilamos algunas jurisprudencias extranjeras donde se anulan contratos que tengan que ver con los garitos, así la Cámara Civil Francesa 1º Cap., el 19 de diciembre de 1924 anula el préstamo o contrato de mutuo cuyo objeto-fin individual lo constituye el hecho de facilitar la provisión o explotación de muebles de una casa de tolerancia. La Cámara Comercial Francesa, el 9 de octubre de 1941, declare anulable un contrato de compraventa de una casa de tolerancia, objeto-fin que el tribunal debió poner de resalto en virtud del móvil perseguido por uno de los contratantes.[886]

884 BEJARANO SANCHEZ, 1984, p. 116.
885 IDROGO DELGADO, 1993, p. 228.
886 SPOTA, 1980. p. 7.

Queda claro cómo una simple compraventa o un mutuo referidos a la casa de tolerancia, pueden dar lugar a la nulidad de la operación. Similar criterio se comparte por otros tratadistas que, de seguir la doctrina clásica, ven objeto y causa lícita, pero un fin contrario al orden público y a las buenas costumbres en el caso concreto de la instalación de una casa de prostitución, según la decisión del 1º de abril de 1895, donde la Cámara del Tribunal Francés[887] sentenció: "Es nula la obligación contraída por un prestatario de una suma de dinero en el caso en que el préstamo haya tenido por causa (por motivo determinate), en la común intención de las partes, la adquisición de una casa de tolerancia."

Seguidamente en esta misma línea el Tribunal Supremo, el 17 de julio de 1905, decide que las partes que han intervenido en una convención inmoral e ilícita, como en la cesión de una casa de tolerancia, en ejecución de la cual se habían suscrito y negociado documentos, no tienen derecho ante la justicia ni al pago del precio estipulado, ni a la restitución de lo que hubiere sido pagado. En el mismo sentido, una decisión del Tribunal del Imperio (Alemania) del 21 de enero de 1903 estableció:[888] "Es nulo, por tener un fin ilícito, un contrato de préstamo de dinero, y una venta de utensilios para la apertura y explotación de una casa de tolerancia."

En igual sentido Ospina y Ospina (1980, pp. 36-37) piensan que al ser el objeto el contenido jurídico de la operación, y la causa el fin práctico determinado por los móviles o motivos que inducen a la celebración del acto, creen encontrar un negocio con objeto ilícito si por ejemplo "X" paga a "Y" para que cometa un homicidio, mientras que existiría causa ilícita si se arrienda un local para garito o lenocinio

887 DUGUIT, 1908, pp. 213-214.

888 DUGUIT, 1908, pp. 213-214.

con conocimiento de ambos, siendo condenados los efectos de este negocio por tener un fin práctico inmoral.

Ante estas posturas jurisprudenciales y doctrinarias, existen otros autores que pretenden sustentarse en la jurisprudencia de su país para dar un baño lustral a todos estos contratos y otorgarles plena validez, así Planiol y Ripert (1946)[889] en el sentido siguiente:

> "Los tribunales no niegan la acción judicial respecto a todo contrato cuyo cumplimiento, a sabiendas del acreedor, haya de permitir el establecimiento o la explotación de esa casa: es válida la venta de un inmueble para instalar ese comercio, venta de muebles o mercancías destinadas a una casa de tolerancia, contrucción, reparación o decorado de un inmueble con ese fin, el seguro del inmueble y del mobiliario. En esos casos han estimado que no existe propiamente la participación en el comercio inmoral y que la prestación o el servicio, pueden considerarse con abstracción del destino que les da el que los recibe." (pp. 36-37).

Esta glosa es sumamente interesante pues el motivo conocido por acreedor y deudor no resulta trascendente, puede ser abstraido de la eficacia contractual sin que por ello melle la validez del mismo. Lo importante que queda es la prestación o el servicio que se ejecuta, aunque el objetivo final tenga un propósito presuntamente inmoral. Huelga mayor comentario al respecto, por cuanto el objeto en la figura de la prestación eclipsa todo influjo de la causa dentro del negocio, de la causa entendida en su significación subjetiva-psicológica.

889 PLANIOL y RIPERT, 1946, p. 317.

Ahora bien, es trascendente discernir las funciones que puede desempeñar el objeto frente a la causa clásica. Es sabido que para esta concepción de causa el motivo abstracto representa su tipología, así en los contratos bilaterales la causa para cada una de las partes es la obligación que la otra parte contrae, vale decir que entre acreedor y deudor existe un nexo, un intermediario que es la obligación:[890] el acreedor emite su voluntad en función a que el deudor se obliga a entregarle el precio, y éste se obliga en mira a que el acreedor se obliga a darle el bien. Asimismo, en los contratos unilaterales, la causa de la obligación del único obligado es la entrega que de la cosa se ha hecho por la otra parte, por ejemplo, el mutuario se obliga a pagar el dinero porque el mutuante se lo ha entregado, lo mismo pasa con el depositario, comodatario o acreedor prendario, se obligan a restituir la cosa, porque el depositante, comodante o el deudor, le han entregado la cosa. Y en los contratos a título gratuito o de beneficencia, la causa radica en la pura liberalidad.

Como vemos, la causa clásica puede ser fácilmente reemplazable por el objeto: si la causa de la obligación del vendedor radica en la obligación del deudor de entregarle el precio, entonces el objeto de la obligación del deudor es el precio; de igual forma, si la causa de la obligación del deudor consiste en la obligación del acreedor de entregarle el bien, entonces el objeto de la obligación del vendedor será el bien a entregar. De modo que la causa viene a ser el objeto mirado desde la perspectiva contraria, perspectiva que pretende sustentarse en la interdependencia de las obligaciones para justificar la presencia de la causa abstracta, no obstante, esta interdependencia obedece a la misma naturaleza de estos tipos contractuales:

A igual conclusión arribaremos si se pretende conjugar la causa abstracta con la postura neoclásica de Capitant que veía la causa

890 ALESSANDRI RODRIGUEZ, 1936, p. 52.

funcional y no sólo la genética, pero más allá del tiempo de ejecución y de la forma de ésta, nos remitimos a nuestro aserto inicial: el objeto usurpa la función de la causa abstracta. Spota[891] lo aclararía más objetivamente del siguiente modo: "El concepto de causa, aprehendido abstractamente para cada una de las categorías de contratos según se los agrupe en contratos bilaterales, unilaterales y a título gratuito, resulta *insuficiente*."

Esta insuficiencia es la que hace ver al objeto como el redentor de la causa en los negocios bilaterales y unilaterales y al consentimiento en las liberalidades. Es esta insuficiencia de la que nace una postura -anticausalismo- que, hasta las propias vertientes causalistas agradecen para dar origen a una teoría remozada de causa a partir del motivo determinante, en las estructuras psicológicas y espirituales del negocio.

Siendo este motivo determinante la razón por la cual una parte se obliga a contraer una obligación, la causa queda amarrada a los planos psicológicos, con la condición de que este motivo determinante quede expresado, conocido o conocible; así Duguit[892] reproduce el artículo 900 del Código Napoleón: "En todas las disposiciones intervivos, o testamentarias, las condiciones imposibles o aquellas que sean contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, se tendrán por no escritas." Tal artículo tiene parangón con los numerates 171 y 189 del Código Civil Peruano de 1984.[893]

Así, manifiesta Duguit (1908) que los jueces, cuando una disposición testamentaria iba acompañada de una cláusula cuyo

891 SPOTA, 1980, p. 1.

892 DUGUIT, 1908, p. 215.

893 **Art. 171**: ...La condición resolutoria ilícita y la física y jurídicamente imposible se consideran no puestas. **Art. 189**: Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno.

objeto era ilícito o inmoral, invalidaban los legados y prescindían de la cláusula ilícita o inmoral. De la misma forma, en los Tribunales de Casación y Apelación, resultan nulos los legados y toda donación subordinados a una condición imposible, inmoral o ilícita, cuando ésta deba ser considerada como la causa impulsiva y determinante de la liberalidad.

Como podemos observar, el motivo psicológico determinante ingresa a los planos contractuales a través de la condición (negocios inter vivos) o la carga (mortis causa). Este motivo psicológico, como lo hemos revisado en los capítulos precedentes, puede ser introducido en el seno contractual en la forma de error, supuesto, condición, carga, etc., sin necesidad de remitirnos a la causa como elemento independiente del negocio. No es que el motivo, ingrediente principal de toda voluntad, carezca de importancia, simplemente que está mal ubicado, extraviado.

De esta forma, ya se trate de concepciones neocausalistas psicológicas (donde el motivo determinante campea), o bilaterales (Josserand) o sincréticas (Capitant) que consideran el motivo abstracto y el determinante en dosis específicas (junto a la causa clásica), los comentarios anteriores también van dirigidos a tales estructuras de pensamiento.

Se entiende que a través de las posturas subjetivas en sus diversas modalidades (hasta aquellas emparentadas a la noción clásica), controlan el contenido de los actos jurídicos a través de la exigencia de la causa lícita, la misma que es vista, desde algunos visores doctrinarios, como objeto ilícito (Cornejo, 1939): "La ley controla discreta pero eficazmente el contenido de los actos jurídicos, mediante la exigencia del objeto ilícito. El derecho clásico atribuía esta misma función a la causa" (pp. 351-354), para luego continuar: "Se puede, pues, decir, en resumen, que la teoría de la

causa no es sino una manera de considerar la del objeto, a condición, se sobreentiende, de que se conciba el objeto no como una cosa material, sino como el contenido de la obligación, acción de dar, de hacer o de no hacer, como se ha entendido el objeto del contrato: Lo que una parte se obliga a dar, a hacer o no hacer." (CORNEJO, 1939, pp. 351-354).

Lo que reclama este autor es una ancha significación para la figura del objeto, como contenido de la obligación y no simplemente como materialidad. En este capítulo podemos observar cómo es que el objeto puede ser entendido *lato sensu* de una forma abierta y flexible que permita una consideración más cabal y amplia del fenómeno negocial, a partir de la consideración causal.

Más adelante Cornejo (1939) continúa: "Rechazamos las distintas concepciones de la causa. La causa no puede consistir en otra cosa que en la consideración de la ventaja que una parte procura a la otra en razón de la prestación realizada. Pero ésta no es sino la teoría del objeto: esta teoría se basa en la comprensión del objeto, no en su aspecto material sino en su significación jurídica, vale decir, como la utilidad subjetiva que puede tener una cosa." (pp. 351-354).

Estas ideas son sumamente aclaratorias porque atacan a la causa abstracta desde la postura del objeto entendido como la prestación, como el contenido del negocio, como una conducta que sí puede ser, como lo estudiamos, lícita o ilícita. La teoría de la causa queda así destrozada, Giorgi[894] lo advera de similar forma: "Nada más cierto que un contrato con objeto ilícito, es lo mismo que un contrato con causa ilícita... En todos los contratos bilaterales, el objeto de la obligación de un contratante es la causa de la obligación del otro; y la teoría del objeto, en cuanto tiene por fin examinar los caracteres

894 CORNEJO, 1939, pp. 351-354.

de la prestación, se confunde con la teoría de la causa... Lo que toma nombre de objeto, cuando se le considera como un *quid facti* dotado de existencia objetiva fuera del ánimo de los contratantes, se convierte en causa del contrato cuando se considera subjetivamente, a saber: como el motivo determinante de su voluntad de obligarse."

En este punto precisamos realizar un comentario. Giorgi se refiere a que, como consecuencia de soldar la teoría de la causa en la del objeto, la consideración subjetiva de éste desemboca en el motivo determinante de la voluntad de obligarse. Esto tiene una significación muy trascendente, porque hasta ahora todos los autores referían básicamente todo tratamiento del motivo abstracto, en la forma de causa clásica, a la figura del objeto en su lata significación, mientras que reconducían el análisis del motivo determinante a la condición, el supuesto, el error, etc. Este autor pretende dar un giro al asunto e interpretar la causa subjetiva del fin determinante de la voluntad de obligarse, a través de la mirilla del objeto.

Luego Cornejo (1939) continúa: "El objeto del contrato no se reduce al *quod facti* que constituye la prestación en el contrato unilateral; se toma en su general acepción: abrazando todo el contenido del contrato: no sólo la prestación considerada materialmente, sino también los límites y el objeto que la acompañan, lo mismo que sus modificaciones accidentales." (pp. 351-354).

Hasta aquí tenemos una estructura más integral y holística, la prestación no va sola como consideración material en el objeto del contrato, sino con todo su correlato jurídico entendido como limitaciones y modificaciones accidentales, vale decir, todo aquello que las partes tengan a bien introducir en el seno de una negociación. De esta forma la prestación no queda como un concepto pétreo al que dogmáticamente habría que referirse para entender su significación y alcances, sino como una plataforma de entendirniento desde la

cual las partes proyectan sus intereses y plasman sus voluntades, como una estructura en la que los agentes aterrizan sus deseos y objetivizan sus posturas.

De otra parte, no sólo existen doctrinas clásicas y subjetivas, sino también podemos encontrar un sinnúmero de teorías objetivas que convierten a la causa en una función jurídica o una función económico-social desde la perspectiva italiana de Betti. No obstante ello, esta idea de función se enfoca desde la filosofía hegeliana de razón, así la causa será la razón del negocio, encaminada a producir una finalidad práctica típica, sin embargo, no se explica las múltiples combinaciones que las partes pueden dar a un negocio determinado para que de allí se precise su licitud o ilicitud, como por ejemplo el pagar a otra persona para matar a un tercero.

De otro lado, esta finalidad típica que las partes sólo recogen a través de su voluntad, puede cumplir un papel muy importante, pero ello no significa aceptar una imprescindibilidad de la mezcla de la función jurídica o económico-social, con el fin móvil determinante dentro de la causa del acto jurídico.

Ahora bien, dentro de los planteamientos anteriores que reconocen el objeto como elemento que opaca las posturas subjetivas de la causa, podemos encontrar un sinfín de perspectivas entre ambos extremos, así unas posturas señalan que el objeto va unido al fin, de modo que éste resulta superfluo:[895] "Podríamos prescindir de la palabra causa, siempre que a la palabra objeto le demos un significado muy amplio, muy lato. El objeto del contrato no va a consistir sólo en el objeto de las obligaciones que de él surjan, o sea, en las prestaciones (dar, hacer, no hacer). Va a consistir en eso y en algo más. Ese algo más debe ser que el contrato no ofenda la regla moral, la buena fe,

895 SPOTA, 1980, pp. 6-13.

los fines sociales y económicos del derecho objetivo, las normas legales imperativas, o sea, el orden público... El objeto se aprehende como objeto-fin y se bifurca en dos sentidos: objeto-fin individual y objeto-fin social; objeto-fin individual, porque se persiguen los móviles particulares que los contratos pretenden, sean esos móviles aprehendidos en abstracto, sean tornados en concreto: tener la cosa comprada (objeto-fin concreto), y, además, que con esa prestación se cumpla un objeto-fin social (los fines económico-eticos) que ampara el derecho objetivo."

Entonces según esta doctrina, el objeto aparece atado nuevamente a la prestación, con la única peculiaridad de que el fin que las partes se proponen, ingresa a esta conducta para poder ser revisada en su licitud o ilicitud. Demás esta afirmar que dicha conducta cumple doble papel, por un lado satisfacer intereses particulares, y por el otro, sintonizar la función económico-social a las estructuras planteadas.

Luego Spota (1980) continúa afirmando:

> El acto antifuncional es repudiado por el ordenamiento legal cuando no cumple su fin social (no es útil socialmente). El contrato no debe ofender el orden público o buenas costumbres, sino debe perseguir las valoraciones de signo positivo imperantes: que ese contrato persiga un fin de contenido social solidarista. Todo ello cabe en el objeto del acto jurídico, y por lo tanto, de la obligación y del contrato: sea el objeto-fin individual, sea el objeto-fin social, sin necesidad de elevar a elemento jurídico del contrato o de la obligación la noción de la causa, que resulta superflua cuando el 'objeto' se lo aquilata con dicho criterio. (pp. 6-13).

Vale decir, que según estos criterios la causa entendida como motivo determinante de la voluntad, en su perspectiva subjetivo-psicológica, y la función económico-social (desde los planes objetivos), consideran que el motivo debe ingresar al ruedo negocial de una manera palmaria para así conocer su moralidad o inmoralidad. Es que el elemento moral y su contralor, son exigidos cada vez más por el aparato estatal, equilibrando el interés privado de las relaciones individuales con interés colectivo plasmado en el respeto a la moral y el orden público.

De esta manera el contrato para ser válido debería cumplir con las exigencias no sólo de la tipicidad normativa sino de la social, para que así el juez disponga de un elemento catalizador de la vulnerabilidad o validez de las operaciones.

De modo que esta concepción que pretende ver la causa en su doble estructura psicológica y social, dentro del objeto entendido como prestación, tiene el defecto de unificar dos categorías en una nueva: objeto-fin, de modo que para definir esta institución haya que echar mano obviamente de los conceptos de objeto y de las teorías del fin. Nos quedamos con aquellas tendencias que pretenden ejercer el contralor social a través del objeto (conducta), sin necesidad de recurrir a la superfluidad de la causa en sus vertientes objetivas, subjetivas o clásicas.

Finalmente, no se piense que por referirnos reiteradamente al objeto como sustituto de la causa, vamos a estar preteriendo otras figuras de honda repercusión, sino lo que ocurre es que este capítulo esté reservado a este elemento de suyo importante, sin desmedro del análisis del error, de la voluntad, orden público, buenas costumbres, buena fe, nulidad virtual, elementos accidentales, etc.

9. ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES

Ya manifestamos anteriormente, dentro de este mismo capítulo, que, a modo de corolario, tendríamos que las normas preceptivas, las prohibitivas y las declarativas interesan al orden público y son normas imperativas (*ius cogens*), mientras que las normas dispositivas (*ius dispositivum*) tendrían dos subtipos: las interpretativas (que interpretan el contrato) y las supletorias o permisivas o facultativas (que suplen la voluntad de las partes).

Por otra parte, a partir de la tipología planteada por De la Puente (1993, pp. 306-312) que propone una clasificación tripartita de contratos ilícitos, tomándola de Jorge Mosset Iturraspe[896], se concluye que el denominado contrato ilícito, en un sentido amplio, constituye el género, abarcando como subtipos el contrato ilegal (contrario a normas imperativas), el contrato prohibido (contrario al orden público) y el contrato inmoral (contrario a las buenas costumbres).

Sin embargo, también manifestamos que la imposibilidad jurídica incluye tanto la ilicitud (la misma que engolfa, a su vez, los negocios ilegales -contrarios a leyes imperativas que no son de orden público, según la caracterología planteada por los autores anteriores- y los contratos prohibidos -contrarios a las leyes que interesan al orden público) mas aquellos contratos que contienen situaciones que, no por no estar prohibidos expresamente por la ley, puedan ser permitidos (como por ejemplo el caso de una pretendida hipoteca de bien mueble: no está prohibido expresamente pero es un imposible jurídico porque su propia naturaleza no lo permite).

Además, referimos que, pese al sistema clasificatorio propuesto por estos tratadistas, el sistema peruano considera que las leyes imperativas son la expresión del orden público, con lo cual quedaría

896 ARIAS-SCHREIBER PEZET, 1988. p. 159.

destrozada toda separación de leyes que interesan o no al orden público, siendo tales actos ilegales o ilícitos y por ende jurídicamente imposibles.

Luego manifestamos que, particularmente, existe un gran debate respecto a considerar o no el orden público como materia susceptible de prohibir actos a través de su insaculación en normas imperativas, de modo que en este sentido el acto no contravendría el orden público en sí, sino las normas que interesan este orden público. Esto lo aclararemos en el siguiente apartado.

9.1. Orden Público

No vamos a referirnos a todos los casos que la moderna doctrina almacena en su seno sobre el orden público, porque de ser así, tendríamos que estudiar lo atinente al orden público Constitucional y el orden público legal[897]; o la distinción entre el orden interno y el orden público[898], o hasta del orden público primario y el orden público secundario.[899] Tampoco vamos a estudiar todos aquellos casos que la

---

897 BIDART CAMPOS, 1995, pp. 71-73.

898 García Belaúnde, refiriéndose al artículo 277 de la Constitución Política de 1979, en la cual se manifestaba que las Fuerzas Policiales "tienen por finalidad fundamental mantener el orden interno, preservar y conservar el orden público...", piensa que "el orden interno es, en realidad, el orden público interno, como conjunto de condiciones generales necesarias para la marcha de la sociedad y el 'orden público' debe ser entendido, en sentido restringido y como parte del primero y referido a la mera tranquilidad y quietud de la población civil." Cfr. GARCIA BELAUNDE, 1993, p. 219. Sin embargo, en la actual Constitución de 1993, no se menciona, en el artículo 166, el orden público y sólo se hace referencia al orden interno.

899 Giorgi cree que el orden público primario está conformado por las disposiciones que protegen el interés del Estado o a los ciudadanos, fundadas en consideraciones de conveniencia social, política o económica, y que su nulidad podría deducirse por quien tenga razones suficientes para dicho efecto. Al contrario, el orden público secundario está integrado por las disposiclones que al ser violadas, la nulidad sólo será deducible por el interesado, pudiendo sanearse en ciertas condiciones. Estas disposiciones son dictadas en tutela de un interés que, si bien se extiende indirectamente a terceros y aún a todo el público, quedan, sin embargo, en los límites de los intereses puramente civiles, como por ejemplo las leyes que prohíben

doctrina pretende empatar a la causa ilícita por contravenir al orden público y a las buenas costumbres[900], casos que muy bien pueden seratendidos sin alusión a esta insulsa causa.

¿Y qué se entiende por orden público? He ahí el problema. Para algunos autores el orden público es un conjunto de reglas que el poder público establece en interés vital de la sociedad, siendo irrenunciables: entre ellas las normas imperativas y las prohibitivas[901]; en otras palabras, se trataría de un conjunto de normas imperativas, ya que las normas prohibitivas -como lo vimos *ut supra*-integran el género del *ius cogens.*

Por su parte, Ospina cree que el orden público está constituído por un conjunto de **principios** religiosos, morales, políticos y económicos predominantes a un determinado medio social y que se consideran indispensables para la conservación de tal medio. Siendo de orden público aquellas normas pertenecientes al Derecho Público que se ocupa de la Constitución del Estado y de los órganos que ejercen sus funciones, de las relaciones de dichos órganos entre sí y de éstos con los particulares. En el Derecho Privado, tenemos las instituciones concernientes al estado de las personas, organización de la familia, modos de adquirir la propiedad y otros derechos. Además, las buenas costumbres forman parte integrante del orden público, siendo por ello la expresión "orden público y buenas costumbres." redundante.[902]

Esta opinión es la más clara, por cuanto define el orden público como un conjunto de principios de diverso carácter, incluyendo las

---

el contrato del trabajo humano por tiempo indefinido. (Cfr. GIORGI, 1930, pp. 176 y ss.)

900 FIGUEROA, 1975, p. 303.

901 GONZALES, 1985, p. 50.

902 OSPINA FERNANDEZ, 1980, pp. 254 y ss.

normas de Derecho Público y algunas de Derecho Privado, así como a las buenas costumbres que no son leyes.

En tal virtud, dentro del orden público no sólo encontrarnos normas que atañen al Derecho Público sino también aquellas otras que tengan que ver con estados no disponibles por parte de los sujetos dentro del Derecho Privado, como por ejemplo las disposiciones del Derecho de Familia.[903] De esta manera, ninguna persona podría librarse -mediante convenciones- de aquellas obligaciones que tiene frente al grupo del que forma parte.[904] Este último extremo viene desde Ulpiano con su aforismo: "*nemo ius publicum remittere potest*", *nadie puede dispensar el derecho público* (Digesto, libra XXVI, título VII, ley 5º, VII), queriendo significar que "el orden público implica la no dispensabilidad, es decir, no admite que la norma de su característica sea modificada, sustituida o dejada de lado por otra norma, o por pacto."[905]

De otra parte, Ramírez[906] cree que el orden público está integrado por un conjunto de normas y de instituciones que tiene por objeto mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares. Con lo cual se coincide con Ospina afirmando que este orden público engolfa a las buenas costumbres en su seno.

Ahora bien, el concepto de orden público es en sí muy movedizo y elástico, razón por la cual los hermanos Mazeaud[907] afirman que ciertas operaciones que antaño parecían comprometer gravemente el orden público, no parecen ya tan peligrosas hoy, mostrándose

903 RAMIREZ GRONDA, 1976. p. 210.
904 ARTEAGA y ARTEAGA CARVAJAL, 1979, p. 21.
905 BIDART CAMPOS, 1995, p. 71.
906 RAMIREZ GRONDA, 1976, p. 210.
907 MAZEAUD, 1960, pp. 278-284.

la jurisprudencia más tolerante, como por ejemplo en los casos de los contratos de seguro de vida, contrato de corretaje matrimonial, contrato de revelación de sucesión, cesiones de clientela, contrato de claque, etc.

Y es que, como lo afirma Candián: "No es fácil la determinación del concepto de 'orden público'. Se trata de una fórmula de contenido muy elástico y contornos indefinidos. Se puede considerar que comprende aquel conjunto de exigencias y condiciones que, siempre con el criterio de la contingencia, o sea, de la relatividad a determinado grupo en determinado período histórico, son reconocidas como necesarias para el desarrollo ordenado y provechoso de la vida del grupo."[908]

En conclusión, podemos definir el orden público como el conjunto de condiciones y principios de caracter político, económico, social, cultural y moral que el hombre no puede dispensar en el seno social que le toca vivir. Dicho orden se expresa mediante normas de carácter imperativo de Derecho Público y Privado, así como factores de categoría moral como son las buenas costumbres, las mismas que no se manifestan mediante leyes. Asimismo, es menester recalcar que el orden público, como conglomerado de condiciones y exigencias socio-histórico-jurídicas, no se agota en las normas imperativas.

9.2. Buenas Costumbres

Si el concepto de orden público era movedizo y elástico, también las buenas costumbres, al ser un elemento de aquél, compartirá su impronta. Es decir, las buenas costumbres serán cambiantes de época a época y de pueblo a pueblo, "por lo que ante esa variabilidad del contenido, no le es dado al derecho determinar un catálogo de conductas ilícitas, y por ello se remite supletoria y subsidiariamente

908 CANDIAN, sf, p. 174.

a nociones de tipo moral, pese a las criticas que se hagan por quienes busquen la pureza de la norma en lo jurídico."[909]

La importancia de las buenas costumbres se reconduce al papel que juega la moral para descalificar negocios que la contravienen, por lo cual resultará nulo el acto jurídico moralmente imposible.[910]

Dentro del sistema germano, las buenas costumbres, para el Tribunal Supremo del Reich, "es el sentimiento moral que se manifiesta en las leyes y en la práctica, y del sentido del decoro de todos los que piensan con equidad y justicia." (Larenz, sf, pp. 593 y ss). Por esta razón, Larenz (sf) piensa que las buenas costumbres incluyen, de una parte, los ***standards* de la moral social predominante,** y de otra parte, **exigencias** ético-jurídicas cuya concretización se efectúa esencialmente sólo mediante la jurisprudencia, y el nexo entre ellos consiste en que, en ambos casos, se trata de un acoplamiento de exigencias ético jurídicas y ético-sociales.

Entiende, además, que la moral social predominante no es ética en sentido estricto (imperativos de conciencia conocidos individualmente), sino de exigencias sociales de conducta que se basan en la convicción común de los pertenecientes a un pueblo o a un grupo social sobre lo moralmente idóneo. "Junto a la 'moral predominante' figuran los principios y módulos de valoración éticos, inmanentes en el propio ordenamiento jurídico... No se trata -continúa- en absoluto de que el ordenamiento jurídico pretenda compeler positivamente a una conducta moral, ya sea en el sentido de la 'moral predominante', ya incluso según las exigencias de la ética estricta, lo cual no le es posible, sino solamente de que deniegue el reconocimiento y, con ello, la coaccionabilidad, a los negocios jurídicos

909 GUTIERREZ y GONZALES, 1995, p. 236 y ss. (En la 10ª edición de 1995, ver las pp. 321 y ss. de la misma obra.)

910 ALVAREZ, sf, p. 44.

que infringen gravemente la moral social reconocida por una gran mayoría de la comunidad jurídica, o de los principios ético-jurídicos inmanentes del ordenamiento jurídico vigente, especialmente los de rango Constitucional..."[911]

De esta manera, las buenas costumbres se componen de principios ético-jurídicos y ético sociales (*standards de moral social imperante*), que anulan negocios que van en su contra.

Por ende, resultarán negocios contrarios a las buenas costumbres, aquellos que -al decir de Enneccerus[912]- no llenan las exigencias mínimas que la moral jurídica establece para el comercio entre los ciudadanos. Dicha moral jurídica exige especialmente que sobre el orden actual jurídico, social y económico, dominen situaciones sanas desde el punto de vista social y económico y que, por tanto, no se dé reconocimiento jurídico a los negocios incompatibles con aquéllos. Y es que, básicamente, el juez no decide según sus opiniones particulares en el orden moral, ni según las doctrinas de una determinada clase o partido, sino según el modo de pensar de toda la nación, según el parecer de los ciudadanos que piensan con conocimiento de causa y con espíritu de equidad y justicia.

Es por ello que, según Enneccerus[913], existe una medida de exigencias a establecer, es decir, una pauta de opinión dominante de un pueblo que consiste en el criterio medio de los hombres de bien, ese criterio tendrá equidistancia de la moral de las esferas más elevadas (criterio de mayor rigor), y de las opiniones relajadas a los malos usos, de algunas esferas o que las invaden en tiempos de turbación, no tomándose como criterio.

911 LARENZ, sf, pp. 592 y 599.

912 ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, 1981, pp. 621 y ss.

913 ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, 1981, 622 y ss.

Este manido criterio medio de la moral jurídica corresponde a los *standards* de moral social imperante, es decir, de moralidad prevaleciente en una comunidad, en un determinado espacio y tiempo; por ende, no se trata de una moral individual sino social. Tampoco es un credo religioso, sino la conciencia que predornina como el **común denominador**.[914] De la misma opinión son Planiol y Ripert[915], para quienes la moral no se determina por un ideal religioso o filosófico sino por hechos y con la opinión común.

De esta manera, se deber entender por buenas costumbres a aquellas acciones dictadas por la moral social imperante en conjunción con la ética-jurídica, propuesta por *standards* sociales o criterios medios de la sociedad en un espacio-tiempo histórico determinado, que el juez utiliza para denegar reconocimiento a negocios que contraviene tales postulados.

Por su lado, Coviello[916] afirma que los negocios inmorales no son los contrarios a la moral religiosa o filosófica, sino contrarios a las buenas costumbres: "El criterio para juzgar de la inmoralidad de un acto debe basarse en un hecho, más bien que absoluto. No todo lo que no está conforme con los preceptos rigurosos de la moral cristiana, debe tomarse como inmoral, sino sólo lo que no lo está con la práctica, que según la opinión común, se considera como moral." En las buenas costumbres debemos entender un elemento objetivo, constituido por un uso, práctica, costumbre; y un elemento subjetivo que es la convicción de que la práctica no es contraria al sentimiento ético común.

En conclusión, las buenas costumbres yacen dentro del orden público, los mismos que constituyen condiciones o circunstancias

914 BEJARANO SANCHEZ, 1984, p. 110.
915 PLANIOL y RIPERT, 1946, p. 316.
916 COVIELLO, 1938, p. 455.

políticas, económicas, sociales, culturales y morales que se evidencian no sólo mediante leyes imperativas sino mediante criterios de ética-social.

De otra parte, brevemente revisemos algunos casos típicos de ilicitud o de inmoralidad del acto o negocio jurídico en palabras de Pescio:[917]

a) Promesa de pagar una suma de dinero o el pago mismo, por iniciar un concubinato o continuarlo.
b) Promesa de pago o pago para que se abstenga una persona de concurrir a un remate judicial.
c) Promesa de pago o pago para que una persona ponga término a relaciones adulterinas.
d) Promesa de pago o pago hecho a un depositario, a fin de determinarlo a restituir el depósito.
e) Promesa de pago o pago para abstenerse de denunciar el delito de que ha sido víctima.
f) Promesa de pago o pago hecho al novio, para que se retire del noviazgo.
g) Promesa de pago o pago hecho a un funcionario público, con el objeto de determinarlo a aceptar una permuta o un traslado.
h) Promesa de pago o pago hecho por un receptor, con cargo a los emolumentos que le corresponden, a cambio de ser el receptor exclusivo de un abogado determinado.
i) Pacto de "*quota litis*" o contrato de iguala.
j) El pacto en que una persona se obliga, sin limitación de tiempo ni de lugar, a no ejercer tal industria o comercio.
k) La cesión o arrendamiento de una casa de tolerancia o garito.

917 PESCIO, 1958, p. 154.

l) Remuneración ofrecida o pagada a "gestores administrativos" (personas que utilizan las influencias personales derivadas de su sistema político, del cargo o función que desempeñan para obtener indultos, licencias, ascensos, jubilaciones, concesiones, aceptación de propuestas, permisos, previas de importación, etc.)

De otra parte, también podríamos referirnos al arrendamiento de locales para prostíbulos o garitos, pactos sobre decoración o abastecimiento de esos comercios, mutuo para jugar, dar dinero para que se cometa un crimen, etc.[918]

La sanción legal correspondiente es la nulidad absoluta: la declaración judicial de la nulidad pone fin a la eficacia futura de dichos actos, obrando retroactivamente destruyendo en lo posible los efectos que hayan alcanzado a producirse con anterioridad a tal declaración, lo dado o pagado en acto jurídico nulo, puede repetirse.

Estos son algunos de los casos que la doctrina reproduce de la realidad a través de la jurisprudencia.[919] Veamos ahora, cuál es el tratamiento en el caso peruano.

---

918 OSPINA FERNANDEZ, y OSPINA ACOSTA, 1980, pp. 291 y ss.

919 Coviello (Cfr. COVIELLO, 1938, pp. 456 y ss.) propone algunos ejemplos que pueden ayudarnos a aclarar al panorama, diciendo que no es inmoral toda restricción de la libertad personal, sino sólo la completa exclusión de ísta en un ramo determinado de actividad. Por ejemplo, la obligación (inmoral) de no desposarse nunca, no la de no desposarse con una determinada persona, o hasta cierta edad, o la obligación de residir siempre en un lugar, no el de habitar allí por cierto tiempo, o mientras se desempeña algún empleo.

No siempre qua hay una compensación económica por la realización de un hecho que debería cumplirse por cualquier otro motivo, es inmoral el negocio; pues, precisa tener en cuenta varias circunstancias de hecho, como el cambiar de religión por lucro, por ejemplo.

Es inmoral un negocio cuyo objeto es la prestación económica para el cumplimiento de un deber o abstención de un hecho ilícito a que se estaba ya obligado coercitivamente (par al juez por sentencia justa, o para que alguien no cometa un homicidio), no es inmoral si la compensación pecuniaria es para obtener cumplimiento de un hecho o abstención que por su naturaleza escapan a medios coercitivos (dar algo a quien

9.3. Orden Público y Buenas Costumbres en la Legislación Peruana

Si hacemos un escarceo legislativo de todas aquellas normas jurídicas que tengan que ver, en la actualidad, con el orden público y las buena costumbres, empezaríamos por el artículo V del Título Preliminar del vigente Código Civil de 1984, para luego pasar por normas como el artículo 2º incisos 3 y 14 de la Carta Magna de 1993; y dentro del Código Civil de 1984 podemos enunciar aquellas normas referidas a estas categorías como son: artículos 6, 13, 96, 104 inc. 9º, 120 inc. 8º, 738, 1328, 2049, 2050, 2060; en el Código Procesal Civil actual tenemos los siguientes artículos: 332 inc. 4), 337, 361; en el Código de Comercio: artículo 53; en el Tratado de Comercio y Navegación entre Perú y Ecuador (26 de octubre de 1998) artículo 27; y retrotrayendo el análisis, en la Constitución Peruana de 1860: artículo 18; la de 1920: artículo 4º y la de 1933, artículo 213; artículo III del Título Preliminar del Código Civil de 1936 y artículos III y VII del Título Preliminar del Código Civil de 1852.

En la historia del Perú, encontramos, además, un curioso caso acaecido en 1844 cuando Arequipa toma partido por Vivanco, rival de Castilla, quien es vencido por este último en Carmen Alto el 22 de julio de 1844.

---

se abstiene de frecuentar prostíbulos, de fumar, de beber licores, o a quien cumple exactamente sus deberes de estudiante, etc.)

Coviello, además, nos trae una significativa interpretación de los motivos y de su trascendencia en el seno de los efectos que pudieran lograrse como consecuencia de la incursión de los motivos puestos como condición en el negocio, caso en el que se aplicarían reglas propias de las condiciones inmorales, generando los negocios nulos. Cuando el motivo es simplemente inmoral, el conocimiento que de él tenga la otra parte, no hace inmoral el negocio, qua no es contrario a la moral por sí mismo. No es nulo el contrato de venta o arrendamiento de una casa que se sabe que deberá destinarse por el comprador o por el arrendatario a un lupanar, a menos que se eleve tal móvil común a la categoría de elemento accidental.

La lealtad de Arequipa a Vicanco hace que el año de 1858, cuando ambos caudillos vuelven a enfrentarse, el pueblo le dé su fervoroso e incondicional respaldo contra los liberales que quieren imponer la Constitución del '56. El 7 de marzo de 1858, tras un asedio de 8 meses, Castilla por fin ingresa a Arequipa y Vivanco huye a Chile. La reacción de Castilla fue terrible y el 12 de marzo dictó en la misma ciudad de Arequipa un decreto quitándole su categoría de Departamento por haber "dado repetidas y muy nocivas pruebas de abusar de su poder, empleándolo en conjuraciones armadas contra el **orden público."**

Posteriormente, el 13 de mayo del mismo año, el Consejo de Ministros restableció la situación de Arequipa, previa cosulta con el mismo Castilla, que al dar su consentimiento al Ministro de Gobierno, dijo que lo hacía por el bien de la República.[920]

Por otra parte, veamos cuál es el manejo conceptual de la doctrina nacional con respecto a este tema. Por su lado, Vidal Ramírez cree que las normas imperativas por ser tales y por responder a los requerimientos del bien común, son de orden público.[921] Sin embargo, este extremo no es totalmente cierto ya que el orden público no está conformado sólo por leyes imperativas, sino por un conjunto de condiciones de diverso carácter, como lo vimos anteriormente.

Sin embargo, el mismo autor tiene una opinión imprecisa con respecto al orden público, por cuanto por un lado manifiesta que éste estará conformado por un conglomerado de normas destinadas a regular las relaciones individuales y las de la sociedad en su conjunto, y por otro lado manifiesta que se trata de la suma de principios religiosos morales, políticos y económicos, predominantes en una sociedad determinada indispensables para la coexistencia social.[922]

---

920 CORTAZAR, 1992, pp. 77-78.

921 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 54.

922 VIDAL RAMIREZ, 1990b., p. 51.

Posteriormente, en otro texto[923], el mismo autor al comentar el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, expresa que se trata de un principio general de Derecho que subordina la autonomía de la voluntad privada al orden público, que comprende las buenas costumbres, extremo que compartimos; no así cuando se identifica orden público con normas imperativas. Esto en verdad sería un contrasentido, porque si el orden público contiene a las buenas costumbres, y se manifiesta mediante leyes imperativas, por ende, se colige también que las buenas costumbres deben expresarse de igual forma a través de leyes imperativas, lo que es incorrecto.

De otra parte, Vidal cree que el derecho cogente (*us cogens*) está integrado por ese conjunto de normas imperativas en cuanto derogan a las que se originan de la autonomía de la voluntad, y también las prohibitivas, en cuanto advierte a los particulares que no pueden crear relaciones jurídicas que las contravengan.

Ahora bien, este autor[924] hace un recorrido histórico-jurídico-doctrinario, confrontando dos principios básicos: la libertad individual y el orden público. Sabido es que la libertad es sólo un presupuesto de la autonomía privada, que tiene una connotación política. Este principio de autonomía de voluntad se recepta en el Código Napoleón de 1804 en un marco racionalista e individualista de la Enciclopedia y la Revolución, constituyendo al ciudadano en el ámbito y medida de la vida común y a la sociedad como producto artificial de un imaginario *contrato social*, reduciéndose el Estado a "gendarme", garantizando las libertades omnímodas de los ciudadanos.

De esta manera, el autor nos explica que la voluntad individual sería la causa eficiente y fuente de todos los efectos jurídicos. De esta forma el Código Napoleón idea una fórmula dogmática que

923 VIDAL RAMIREZ, 1990a, p. 237.

924 VIDAL RAMIREZ, 1990a, pp. 239 y ss.

ha perdurado hasta estos tiempos: “en los actos y contratos está permitido todo lo que no está legalmente prohibido” (anteriormente vimos que esto no es tan cierto, ya que, a veces, lo no prohibido no es que esté permitido, sino que puede ser no permitido pese a no ser prohibido expresamente, con lo cual se generaría imposibilidad jurídica). Y a partir de esta fórmula el legislador debía determinar el contenido del orden público mediante un conjunto de normas imperativas y prohibitivas, de obligatoria observancia por ciudadanos y poderes públicos. Asimismo, a mediados del siglo XIX, empezó una reacción contra la concepción racionalista e individualista de la autonomía de la voluntad, trasluciendo la función social del derecho, de vigencia hasta la actualidad, que ha creado una nueva concepción del orden público.

Vidal Ramírez refiere también que esta fórmula del Derecho Clásico, encuentra identidad histórica en el Derecho Peruano, dentro del Título Preliminar del Código Civil de 1852 en sus artículos III y VII, que dicen: art. III: “A nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la ley”, y el artículo VII: “ningún pacto exime de la observancia de la ley; sin embargo, es permitido renunciar los derechos que ella concede, siempre que sean meramente privados, y que no interesen al orden público ni a las buenas costumbres.” En las actas de la Comisión Reformadora del Código de 1852, se suprimieron los numerales de los artículos III y VII y se adoptó la fórmula del artículo III del Título Preliminar del Código Civil de 1936: “no se puede pactar contra las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”, poniendo coto a toda interpretación orientada hacia la autonomía de la voluntad como un principio absoluto. En la actualidad el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, ha reproducido tal norma.

En la Constitución Política del 9 de abril de 1933, en sus artículos 24 y 27 sobre garantías Constitucionales, tenemos: “nadie está

obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohibe" y que "el Estado reconoce la libertad de asociarse y la de contratar", agregando que "las condiciones del ejercicio de esta libertad están regidas por la ley". En la Constitución de 1979, el artículo 2º inc. 29, apartado a), dice: "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohibe" (contando como antedente, el artículo 27 de la Constitución de 1933). En la actual Constitución de 1993, tenemos el artículo 2º, inciso 24, numeral a): "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohibe."

Luego Vidal menciona que cuando una norma está impregnada de un carácter cogente, por lo general ella misma advierte que el acto que la contraría tiene sanción de nulidad y, cuando quiere destacar que no tiene tal carácter, permite el pacto en contrario. En el primer caso, también se suele usar las palabras "debe" o "deberá", y, en el segundo "puede" o "podrá". Pero, en todo caso, a falta de la expresión que permita identificar el carácter de la norma, será necesario establecer su sentido en función de si interesa o no al orden público."[925]

De esta manera, según el artículo 219 inciso 8, la contravención a las normas de orden público genera la nulidad absoluta del acto jurídico y el Código la considera, entre las causales que lo hacen nulo, que es una sanción a la inobservancia de una norma de derecho cogente. Esta nulidad es la virtual, porque deriva de la violación del orden público y no de una causal específica o textual; aunque esta nulidad virtual no sea muy bien vista por algún sector de la doctrina patria.[926]

925 VIDAL RAMIREZ. 1990a, p. 250.

926 Cfr. TABOADA. 1996, p. 292.

Ahora bien, otro sector de la doctrina piensa que esta remisión del citado artículo 219 inciso 8 al artículo V del Título Preliminar del Código Civil, debería referirse a la oposición a normas legales imperativas: "La declaración hecha en dicho artículo V -dice De la Puente- quedaría simplemente como una declaración principista aplicable a todo el sistema jurídico y no sólo al Derecho Privado."[927]

Rubio Correa también comparte la apreciación de Vidal Ramírez en el sentido de considerar el artículo V del Título Preliminar del Código Civil como un caso de nulidad virtual, "porque para aplicarlo no será necesario que cada dispositivo específico vaya acompañado de una declaración de nulidad expresa. Por el contrario, el procedimiento de aplicación es el siguiente: se analiza la norma concreta y, si es de las previstas en el supuesto del artículo V, entonces cualquier acto que la contraríe sufrirá el vicio de nulidad."[928]

Asimismo, menciona este autor que el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, "puede leerse de dos formas: la primera sería 'es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan a las buenas costumbres', la segunda, 'es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres'. El significado de ambas lecturas es completamente distinto, porque en la primera alternativa, sería necesario que la buena costumbre esté recogida en una norma legal, en tanto que en el segundo, la buena costumbre adquiere autonomía normativa y no será necesario que se halle recogida expresamente en la legislación. Opinamos que la intepretación correcta es la última."[929]

Particularmente creemos que ésta es la intepretación correcta del artículo V del Título Preliminar, de lo contrario tendría validez un acto jurídico contrario a una buena costumbre no recogida por una

927 DE LA PUENTE y LAVALLE, 1991, p. 333.
928 RUBIO CORREA, 1989, p. 101.
929 RUBIO CORREA, 1993, p. 92.

ley. Sin embargo, esta lectura, que es un atisbo inteligente por parte de Marcial Rubio, se va por la borda cuando en otro de sus textos menciona que las buenas costumbres son parte integrante del orden público y que las normas de orden público son las mismas normas imperativas, refiriendo que se trata de un fenómeno de sinonimia: dos denominaciones para el mismo fenómeno.[930]

Reparemos mientes en este extremo a través de la lectura comparativa de textos mediante las siguientes premisas: 1º Orden público as sinónimo de normas imperativas (fenómeno de sinonimia). 2º Las buenas costumbres están integradas en el orden público. 3ª Las buenas costumbres no requieren estar dentro de normas para invalidar negocios que vayan en su contra. De donde se deducen dos conclusiones: 1º Las buenas costumbres no van dentro de normas imperativas, para nulificar negocios inmorales. 2º Las buenas costumbres van dentro de las normas imperativas porque son parte del orden público el que es sinónimo de norma imperativa. Entonces este autor ingresa en un contrasentido bárbaro cuando por un lado dice que no es necesario que la buenas costumbres ingresen en una norma imperativa para nulificar actos jurídicos que vayan contra la moralidad, y por otro lado se dice que participan dentro de la estructura del orden público (sinónimo de norma imperativa), por lo tanto serían normas imperativas también.[931]

Sin embargo, nosotros proponemos una solución distinta, a través de los siguientes enunciados: 1º Las buenas costumbres no van dentro de normas imperativas para desconocer validez a actos jurídicos inmorales. 2º Las buenas costumbres integran la estructura del orden público, siendo una tautología decir "orden público y

930 RUBIO CORREA, 1989, p. 132.

931 Rubio incorrectamente dice: "La nulidad prevista afecta a los actos jurídicos contrarios, bien a las normas jurídicas vigentes que se refieren al orden público, bien a las buenas costumbres" (Cfr. RUBIO CORREA, 1993, p. 93).

buenas costumbres" (aunque la costumbre se imponga). 3º El orden público no es un conjunto de normas imperativas solamente, sino un cúmulo de condiciones, principios, exigencias, instituciones de carácter político, económico, social, moral que restringe la voluntad individual y que incluye a las buenas costumbres.

En conclusión, debe entenderse el artículo V del Título Preliminar del Código Civil de 1984, en el sentido de que son nulos los actos contrarios al orden público y las buenas costumbres, independientemente de toda alusión a las normas imperativas que son -obviamente- de orden público, pero que éste no se agota en aquellas.

10. CONCLUSIONES

1. La voz objeto deriva del latín escolástico "*objectum*" que significa "lo que está colocado delante" (del antiguo verbo "objicere" -poner delante-). De esta forma la persona sólo podrá ser sujeto mas no objeto de derecho.
2. En el Derecho Romano el objeto del contrato consistía en la prestación, y en el Derecho Histórico Francés, primero se le asumió como cosa y luego se lo vio en la conducta o prestación.
3. El objeto del negocio o acto jurídico patrimonial o extrapatrimonial es la creación, modificación, regulación o extinción de relaciones jurídicas.
4. El *objeto genérico* del acto jurídico es la intención abstracta de participar en la regulación de las relaciones sociales, en ejercicio de la facultad conferida para ello a los particulars, por el postulado de la autonomía de la voluntad privada; mientras que el *objeto específico* es un contenido determinado de cada acto, conformado por las regulaciones voluntarias de los agentes

o por normas supletorias de la voluntad deficiente o faltante, según la naturaleza de cada acto.

5. El objeto inmediato y directo del contrato es la obligación (relación jurídica obligacional) misma que nace por efecto del mismo.
6. La función del contrato no se agota con la creación de la obligación, por lo que ante cualquier duda sobre los derechos y obligaciones de las partes, hay que analizar el contrato, el que permanece unido a la obligación creada por él.
7. El objeto -para algunos contenido- de la obligación consiste en la prestación prometida, la misma que está constituida por una conducta activa (dar, hacer), u omitiva (no hacer).
8. El objeto de la prestación dependerá si es de signo positivo o negativo. Si se trata de una prestación con signo positivo (dar, hacer), entonces su objeto será la conducta encaminada a dar o hacer una cosa determinada; de la misma forma si se trata de una conducta con signo negativo (omitiva), la prestación será de no hacer algo.

   Es menester distinguir que lo que se da, hace u omite, recae en los bienes (cosas o derechos) o servicios o hechos que se ejecutan u omiten, por lo que estos elementos constituyen el objeto de la prestación según su modalidad.
9. La indicacion de licitud de la obligación por parte del artículo 1403, ingresa a la obligación a través de la prestación. La obligación puede ser físicamente posible si la vemos en función de la prestación o de su objeto (bienes, hechos, abstenciones), o jurídicamente imposible si revisamos el bien o la prestación, y hasta lícita o ilícita según la prestación en cuestión, pero la sola obligación sólo podrá ser válida o inválida según tenga o no los requisitos de validez, de exigibilidad y no sólo los de

eficacia. Es decir, que el bien y la prestación pueden ser física y/o jurídicamente posibles; mientras que los bienes pueden ser también determinables y las prestaciones, lícitas o ilícitas; asímismo las obligaciones resultan ser válidas o inválidas.

10. Los contratos contrarios a normas imperativas que no se refieran al orden público son ilegales; los que contravengan el orden público, son prohibidos y los inmorales son los que, obviamente, contraríen la moral. Estos tres tipos de contratos son ilícitos.
11. Sin embargo, si toda norma imperativa dimana del orden público, no podemos hacer la diferenciación entre contratos prohibidos o ilegales, sino simplemente contratos prohibidos y por ende ilícitos.
12. El imposible jurídico tiene dos aspectos: un sentido estricto que se da cuando un acto no cumple con las especificidades de una norma declarativa; y en sentido lato, incluye a los actos citados y a los contratos ilícitos aludidos en parágrafos anteriores.
13. Son lícitos -aunque un sector pueda considerarlos inmorales- los contratos relacionados con las casas de tolerancia como la venta de un inmueble para instalar ese comercio, venta de muebles o mercancías destinadas a una casa de prostitución, construcción, reparación o decorado de un inmueble con ese fin, el seguro del inmueble y del mobiliario.
14. El objeto entendido en su ancha significación reemplaza a la causa clásica entendida como motivo abstracto. En cuanto al fin subjetivo, al móvil o motivo determinante, algunos autores piensan que el mismo objeto puede cumplir ese papel, mientras que otros se inclinan a pensar que ese móvil determinante ingresa al espectro negocial a través de figuras como la voluntad, el error, la condición, el supuesto, la carga, la buena fe, el orden público y las buenas costumbres, etc. La misma crítica puede

emplazarse a todas aquellas combinaciones que puedan nacer a partir del neocausalismo psicológico, bilateral o sincrético.

15. Con respecto a las clases de normas tendríamos que las normas preceptivas, las prohibitivas y las declarativas interesan al orden público y son normas imperativas (*ius cogens*), mientras que las normas dispositivas (*ius dispositivum*) tendrían dos subtipos: las interpretativas (que interpretan el contrato) y las supletorias o permisivas o facultativas (que suplen la voluntad de las partes).
16. El artículo V del Título Preliminar del Código Civil de 1984 (nulidad virtual) debe entenderse en el sentido de que son nulos los actos jurídicos contrarios al orden público y las buenas costumbres; ya que éstas están integradas en el orden público, el mismo que no se agota en normas imperativas, sino que constituye un conjunto de condiciones de carácter político, económico, social, cultural y moral.

Capítulo XI
EL ERROR

I). El error. II). Error *in substantia: a*). Criterio objetivo. b) Criterio subjetivo. III). Error *in personam.* IV). Error *in motivo.* V). Error sobre la causa. VI). Error unilateral o bilateral. VII). Conclusiones.

1. EL ERROR

Nos referimos al tema del error en el acto jurídico, al interior de los vicios de la voluntad, por cuanto esta figura nos da pie para pensar que muchos de los casos que son resueltos con la institución de la causa, pueden muy bien encontrar apropiadas medidas de solución en su seno.

Entendemos por error la disconformidad existente entre nuestras ideas y la naturaleza de la cosas, vale decir que constituye una noción o concepto falso que nos hacemos o tenemos de ellas o de algunas de sus cualidades. Sin embargo, nótese bien que el concepto de error es distinto del de ignorancia: en el error existe una noción equivocada de la realidad, sin embargo, en la ignorancia hay ausencia de conceptos. No obstante ello, en la práctica la segunda categoría resulta asimilada a la primera de modo que el resultado consecuente es el mismo por más sutilezas que puedan plantearse al respecto.

Bajo esta perspectiva, nos animamos a considerar en forma escueta las diferentes manifestaciones de la causa desde diversos puntos de vista que enriquecen el debate doctrinario.

2. ERROR *IN SUBSTANTIA*

Haciendo un poco de historia, es preciso analizar cuándo la sustancia se sujeta a una concepción subjetiva u objetiva. Por su parte, los jurisconsultos romanos equipararon el *error in ipso corpora* con el error in substancia, mereciendo ambas figuras la nulidad radical o de pleno derecho. Vale decir que la sustancia estaba atrapada por una noción marcadamente objetiva. Así, en la Pandectas, los casos más notables de error in substantia serían: 1). - Compra de un objeto de bronce por uno de oro. 2). Adquisición de un objeto de plomo, de estaño o de madera plateada por objeto de plata. 3). Vinagre comprado por vino. 4). Una esclava por un esclavo.

Esta equiparación aludida, advierte Savigny, con dificultad se convirtió en principio constante para la jurisprudencia romana. Marcelo y Marciano lo combatieron, Juliano lo aprobó, Ulpiano y Paulo lo confirmaron definitivamente acreditándose la maxima "*quoties in substantia erratur*, *nullus est consensus.*"[932]

Por su lado, Duranton pensaba que la substancia era la materia en sí; Aubry, Ray, Toullier pensaron que la sustancia estaba constituida por las cualidades esenciales *ex natura rei* (estaño plateado o dorado en vez de plata u oro, cristal en vez de diamante). Otra escuela consideró que en la sustancia las cualidades esenciales albergadas deberían ser ex pacto, comprendiendo el origen, la forma, la derivación, etc. siempre que aparezca que fue ésta la cualidad en vista de la cual las partes contrataron.

Para la visión de Larombiere, Troplong, Accollas, exigen el pacto explícito, vale decir la indicación expresa en el contrato con el fin de que la cualidad examinada adquiera el carácter de substancial; mientras que Marcade, Labroue de Vareillas-Sommiere, se contentan

932 GIORGI, 1930, pp. 72 y ss.

incluso con el pacto tácito siempre que se trate de una cualidad insusceptible de más o de menos, es decir de una cualidad que según el modo común de juzgar haga pasar la cosa de un género a otro (ej. caballo de carreras o caballo de tiro).

Similar opinión compartía Demolombe[933] quien creía que la sustancia era un elemento abstracto no susceptible de más o menos ni de grados o matices. Pensaba que la característica de la cualidad sustancial debía enunciarse con un sustantivo más bien que con un adjetivo, como objeto de oro o de plata, y no de oro fino o de oro bajo.

Por su lado, Arntz, Berriat Saint-Prix, Colmet de Santerre, Mourlon, Boileuz, Picot, Laurent, Choberz, Caratheowy consideraron que no existe criterio constante y absoluto en cuanto a la sustancia, dependiendo todo de las circunstancias de hecho, cuya valuación queda al prudente arbitrio del juez, "siendo esta la opinión que parece prevalecer en la doctrina italiana."[934]

Por otra parte, Ospina[935] relata que la teoría original del error in substantia fue cambiada por el Código Napoleón, ya que se consideró que el agente jurídico incurre en este tipo de vicio no sólo cuando yerra sobre cualidades esenciales del objeto, sino sobre cualquier cualidad esencial o accidental de él tenido principalmente en mira por el agente al tiempo de otorgar el acto jurídico; convirtiéndose así la noción objetiva de sustancia del objeto en una noción subjetiva, desvinculándose del objeto y equiparándose a cualesquiera de los móviles determinantes del acto, como la antigüedad o procedencia de una obra de arte.

933 BONNECASE, 1945, pp. 295-297.

934 GIORGI, 1929, pp. 74.

935 OSPINA FERNANDEZ y OSPINA ACOSTA. 1980 pp. 287-288.

Pothier consideraba tres figuras de error contractual: error in ipso corpore, error in substantia, error in personam, y los compiladores del Código Napoleón comprendieron que el error in *ipso corpore* era un verdadero y propio disentimiento (error obstativo, según los modernos), manifestando contundentemente que el error anula la convención no sólo cuando recae sobre la cosa misma, sino también cuando recae sobre la cualidad de la cosa que los contratantes tuvieron principalmente en mira y que forma su sustancia.

Este criterio es reafirmado por Loewenwarter[936] quien cree que Pothier introduce este error sobre la calidad sustancial de la cosa que reace sobre la materia del objeto, como por ejemplo el candelabro plateado en vez de plata, y dice: "*Tombe sur la qualite de la chose et fait la substance de cette* chose": El error versa sobre la calidad y la substancia de este objeto, error puramente unilateral que recae sobre el motivo o sobre la causa determinante que hace que la calidad de un objeto sea diversa de lo que se cree, afectando el consentimiento sin necesidad de dolo, fraude o maquinación insidiosa del adversario.

Desde otro ángulo de tratamiento, en cuanto a que si las cualidades deberían o no ser expresamente indicadas en el contrato, ni el derecho romano, ni el derecho común, ni el antiguo derecho francés -piensa Giorgi[937]- quisieron nunca el pacto expreso (en contra del pensamiento de Loewenwarter, como lo veremos en el error mutuo); donde el precio de la cosa, el destino atribuido, la condición de los contratantes y otras circunstancias manifiestan la intención de la partes, todo regido bajo el principio de que el contratante no hubiese celebrado nunca el contrato de haber conocido la verdad.

936 LOEWENWARTER, 1943, pp. 51 y ss.

937 GIORGI, 1929, p. 75.

Desde este planteamiento conviene determinar entonces qué se entiende por sustancia del objeto. La sustancia puede ser asumida desde dos perspectivas:

a) Criterio Objetivo

Desde este punto de vista, la sustancia consiste en la materia de que está hecha la cosa, así como las cualidades que hacen que una cosa pertenezca a una categoría determinada según las ideas dominantes en la vida práctica. La sustancia está en los elementos materiales, o sea, en las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica. La función del error era muy reducida, se limitaba a inadvertencias típicas y groseras como el ejemplo de Pothier que consiste en la compra de candelabros de cobre plateado creyendo que eran de plata, o la compra de un cuadro que sea o no de Rafael, etc.

Estamos frente a la tesis materialista que se enanca en una interpretación judaica del artículo 1110 del Código Napoleón, cuyos principales exponentes -en Francia- son Aubry et Rau, Trouiller, Colmet de Santerre, Marcade, Duranton, Hue, entre dos o tres autores más.

b) Criterio Subjetivo

De acuerdo con el criterio subjetivo, son substanciales las cualidades que han sido consideradas esenciales por las partes, aunque en realidad no lo sean, vale decir cualidades de la cosa que han sido motivo determinante para contratar, por lo que esta herramienta es un poco insegura, por lo que el sentido de la *equidad* representa un papel preponderante al estar frente a una situación de hecho en medio de circunstancias variables.[938]

938 ARTEAGA y ARTEAGA CARVAJAL, 1979, p. 28.

Como principales representantes de esta escuela tenemos a Bufnoir, Planiol, etc. La sustancia no resulta ser una cualidad inmutable de los objetos y varía hasta el infinito según la voluntad de las partes, pudiendo recaer en la naturaleza, origen o antigüedad del objeto, por lo que la interpretación de la intención de las partes deberá apreciarse en cada caso por los tribunales como cuestión de hecho.

De seguir con la tesis subjetiva hasta sus últimas consecuencias, es posible confundir la figura del error substancial con la del error en los motivos, llegando algunos tratadistas hasta el extremo de sugerir plausible la incorporación de la primera institución dentro de los considerandos de la segunda.[939]

Sin embargo, al momento de determinar cuándo cada categoría adquiere relevancia para el derecho, la tesis subjetiva predicará que basta que la parte asuma como esencial una cualidad determinada, negociando en tal virtud; mientras que la teoría objetiva reputará sustancial no la consideración anterior, que la asume carente de valor, sino la cualidad falsamente atribuída al objeto que desplaza la cosa de la especie a la que pertenece a otra, o cuando se refiere a una cualidad, concretamente hablando, que resulte esencial a la cosa, según el modo general de ver.

Si reparamos con calma en la concepción objetiva de la sustancia que define una cualidad que hace que el objeto pase a otra categoría diferente a la primigenia, entonces no veremos más la discrepancia atisbada, sino una suerte de convergencia conceptual que daría pie a una teoría unitaria o ecléctica reconciliadora.

Vale decir que más allá de estas dos teorías contrapuestas, subyace una ecléctica que con Coviello predica: “Son sin duda

939 CAMUS, 1942, pp. 192.

cualidades sustanciales las que forman la naturaleza misma; de la cosa, como es la materia (oro, plata, bronce, etc.), o aquella que, según el concepto de la vida práctica, hacen que la cosa pertenezca a una categoría diversa de la que ha sido querida, reputándose por lo mismo motivos o presupuestos; pero son también sustanciales las que tienen una importancia tan solo subjetiva para el que cae en el error, cuando han sido queridas como tales, y la voluntad resulta de modo expreso o tácito del concurso de circunstancias particulares, de suerte que la otra parte ha tenido conocimiento de ellas, o por lo menos la posibilidad de conocerlas."[940]

En el *error in substantia*, la cualidad tenida en mira por el contratante es de vital importancia (por cuanto lo ha determinado a contratar); y si el interesado hubiere conocido su error no hubiese celebrado evidentemente el contrato. La sustancia versa sobre la esencia misma de la cosa o sus propiedades que se consideran en concreto como esenciales al destino económico y a la función social de una cosa, lo que determina su función.[941]

Tenemos por ejemplo el caso de la nulidad de venta de un objeto de arte de fabricación reciente, donde el comprador pagó por la presunta antigüedad; o la nulidad de venta de un terreno destinado a la construcción de una escuela cuando no tenía la extensión exigida por la administración para autorizar la apertura de la misma; o la venta de un cuadro de un maestro X, cuando sólo había sido retocado por él.[942] Pero tampoco no podemos dejar de considerar los casos anulados por la jurisprudencia francesa como aquellos en los que el contrato versa sobre una cesión de patente caducada o industrialmente inaplicable en consideración a que el cesionario no había consentido de saber

940 COVIELLO, 1938, p. 423.

941 DE RUGGIERO, 1977, p. 268.

942 COLIN y CAPITANT, 1941, pp. 629-630.

que la patente carecía de valor, circunstancia que debía presumirse conocida por el cedente.

En el ejemplo clásico de Pothier, entendemos el error in substantia desde la perspectiva objetiva de acuerdo a la tipología de la época: queriendo comprar un par de candelabros de plata, compro unos de cobre plateado; "aún cuando no hubieren tenido idea alguna de engañarme estando en el mismo error que yo, la convención sería nula, pues el error en que yo estaba destruye mi consentimiento."[943]

Ahora bien, dentro de la operación, la condición accidental del objeto puede pasar a ser cualidad sustancial si es que constituye el motivo principal inductor de la parte contratante, previo conocimiento por la otra parte, con la lógica secuela del vicio del consentimiento, esto ocurre por ejemplo cuando pido una ampolleta con filamentos de platino (que dan más luz) y me dan una de carbón: la calidad del filamento es accidental pero es motivo principal y es conocido por la otra parte.[944]

Veamos con paciencia este asunto. Cuando el error recae sobre la sustancia o cualidad esencial de una cosa, aún cuando una de las partes no haya tenido conocimiento expreso de la intención de la otra parte, pero que es conocible (ej. comprar candelabro de plata y obtener otro de calidad inferior, o pedir reloj de oro y el relojero me da uno de níquel, o cuando se descubre que el diamante que se compra no es más que un cristal de roca, o que la manteca es margarina o que la seda es algodón o el trigo, centeno o viceversa), estamos dentro de los esquemas del error in substancia.

Sin embargo, cuando este tipo de error recae sobre una cualidad accidental que hace las veces de fin de una parte al contratar y que es

943 POTHIER, 1993, p. 21.

944 ALESSANDRI RODRIGUEZ, 1936, p. 115.

conocido por la otra -como cuando un anticuario compra un objeto que perteneció a un personaje famoso, no le interesa la materia de que está compuesto el objeto sino el hecho que hubiera pertenecido a tal persona-, entonces la duda radica en distinguir el error en sustancia (de una cualidad accidental que se sustancializa), con el error in motivo; pasando la solución por la conocibilidad del fin en el primer caso y el conocimiento expreso del mismo en el segundo, además que una cosa es hablar de una cualidad accidental esencializada y otra de un motivo impulsor que puede o no enancarse en el objeto, siendo su espectro más amplio y más abstracto.

No obstante, la solución propuesta en el campo doctrinario por medio del cual la conocibilidad de la intención hace que estemos engolfados en el error in substantia, mientras que el conocimiento expreso nos dirige al error in motivo, se presenta un nuevo problema al tratar de distinguir esta segunda institución con el instituto de la condición que hace las más de sus veces. De esta manera el debate nos pone en linderos muy peligrosos, en que las consecuencias impugnatorias son enteramente distintas. Adelantemos -aunque no es ésta la materia del presente estudio- que en la condición (ya sea suspensiva o resolutoria), la cláusula se incorpora al contrato de modo que de ella depende el nacimiento o muerte del negocio, mientras que en el error in motivo el conocimiento expreso tanto de éste como de su aceptación puede ser confirmado por el errans, ya que no es una figura esencial dentro de la estructura del acto, el mismo que puede sobrevivir a estos impases.

Entonces en el *error in substantia* podemos entender paladinamente lo que la figura del fin ilícito pretende monopolizar. En este tipo de vicio, la intención de las partes es analizada en toda su envergadura, de modo que la resolución de los problemas sobre esta intención corresponde a los tribunales interpretando las circunstancias del caso. En este sentido llama poderosamente la

atención comprobar que la intención coparticipada ingresa al tramado negocial para ser examinado en la forma de error in substancia, con el correlato lógico de la anulabilidad y no de la nulidad, conclusión que surgiría de considerar el fin lícito como elemento esencial del acto jurídico.

Sin embargo, un aspecto que no hemos estudiado es el referido a una cualidad que es considerada esencial por la *comunis opinio*, el que desde el punto de vista subjetivo es soslayado, como cuando se compra una vasija de plata supuestamente antigua con el propósito de fundirla, o cuando se dona una joya creyéndola falsa -y no lo es- porque no se quiere conservarla bajo ninguna circunstancia a causa de algún triste recuerdo que entraña.[945] Esta sería una temática contraria a la que venimos examinando, por cuanto la cualidad esencial pasa a un segundo plano y lo que interesa son otras motivaciones no muy exigentes que pueden ser satisfechas ampliamente.

Para ello se requerirá una interpretación que vaya mas allá del alcance subjetivo, de modo que la apreciación razonable eche por la borda incomprensiones o caprichos de los agentes que no tienen importancia según las circunstancias, como por ejemplo el hecho de reservar por fax la habitación 23, y le dan la habitación 13 (siendo ambas de la misma especie) porque erróneamente fue transmitido el 13, donde no procedería impugnación alguna porque razonablemente no puede existir miedo al número 13, a menos que la reserva de la habitación se haga atendiendo a la superstición morbosa de tal guarismo. O tampoco procedería la impugnación si, por error de dirección, un antisemita adquiriera una champaña en una bodega de propietario judío.

945 VON TUHR, 1947, p. 272.

En el caso Peruano, el Código Civil vigente establece el criterio de la conocibilidad del error, conjugando el subjetivismo del errante o errans -incluyendo los riesgos consecuentes y los perjuicios dimanantes- con la fórmula que envuelve la cualidad del objeto del acto visto desde una "apreciación general" o de las "circunstancias" envolventes.

En el Código Civil Peruano de 1936 el error sustancial involucraba cuatro situaciones que hoy en día resultan fácilmente separables: a). - El error que incide en la naturaleza del acto. b).- El que se refiere al objeto principal de la declaración (*error in ipso corpore rei*). c). - El que incide sobre alguna de sus cualidades esenciales. d). - El que alude a la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo principal del acto.[946]

Actualmente, el error en la naturaleza del acto (error in negotio), o el referente al objeto principal de la declaración (error in corpore) o a la identidad de la persona (cuando hubiese sido el motivo determinante de la voluntad), recaen en el error en la declaración y no en el error sustancial, el que es una clase de error esencial, aunque pragmáticamente las normas del error esencial se aplican en lo pertinente al error en la declaración.

Veamos en seguida otro tema que ha motivado la atención de la dogmática civilista, por cuanto ha sido también confundida con el de la causa.

3. ERROR *IN PERSONAM*

Este tipo de error acaece cuando la consideración de la persona y de sus cualidades es el motivo determinante de la manifestación de voluntad, como en los contratos *intuitu personae* en los que las

946 CORNEJO, 1939, p. 266.

cualidades o talentos del contratante son su móvil determinante (matrimonio, contrato de trabajo, etc.)

Existen cuatro categorías de contratos dentro de esta categoría: 1). - A título gratuito, en cuanto móviles como la benevolencia, la gratitud, los méritos del beneficiado, de modo que quitada la persona a quien se refiere, desaparece el motivo determinante del contrato, por lo que en los contratos a título gratuito, el error sobre la persona vicia casi siempre el consentimiento. 2). - A título oneroso, contrato con objeto consistente en un hecho positive o negativo no fungible, hecho que nadie más podría curnplir de igual modo. 3). - Las transacciones. 4). - La sociedad, el mandato, el depósito, etc.

Hagamos hincapié que la doctrina que ve en las convenciones a título gratuito, más que en los actos a título oneroso, negocios típicos en los que la consideración del *intuitus personae*, identidad o cualidades de la persona, aparece como principal y determinante, es un dogma que responde a una concepción simplista que Josserand se encarga de desbrozar:[947]

1. Hay actos a título gratuito en los que no se considera a la persona, como por ejemplo las liberalidades que se dirigen a una muchedumbre o a una cierta categoría de individuos, o a una multitud más o menos indeterminada: fundaciones, depósitos, con ocasión de matrimonio, bautismo, becas, ayuda a los necesitados, a los países en vías de desarrollo, etc.
2. Existen a su vez negocios a título oneroso en los que sí se considera a la persona, como en las obligaciones de hacer, sociedades de personas, contratos de seguro (que consideran la edad del asegurado), arrendamiento

947 JOSSERAND, 1950, pp. 59-60.

> de inmuebles donde el arrendador se preocupa por la personalidad del arrendatario, o bien cierto tipo de ventas donde la personalidad del comprador da confianza al vendedor para efectuar la operación, o también la elección que hace un cliente de su médico, arquitecto, etc. sin que éstos se preocupen mucho de la personalidad de sus clientes.

El error in personam puede recaer en la identidad física de la persona o en su carácter, investidura jurídica,[948] o individualidad personal, como cuando se recompensa a una persona por creer haber salvado a su hijo de un naufragio, cuando en realidad fue otra persona la que lo salvó, o también error sobre las cualidades esenciales de la persona, como cuando se realiza un encargo a un pintor, creyéndolo de gran valía, para la restauración de un precioso cuadro, siendo en realidad un simple decorador; etc.

En el caso particular del error in personam tratado por el Código Civil Peruano vigente, Vidal Ramírez[949] expresa: "Se conjuga el subjetivismo del errante con el concreto objetivismo del intuito personae, auxiliado por la conocibilidad de la que no puede evadirse la otra parte", nosotros anadiríamos que también se debe incluir la interpretación de la realidad circundante que sirve de marco a la manifestación de voluntad. Es decir, que se refiere a caracteres objetivos permanentes de la persona, resultado de la atribuibilidad del errans conjugado con la conocibilidad del contrario, como en el contrato de locación do servicios médicos de quien tiene una especialidad distinta, o que simplemente no es profesional en medicina humana.

948 ORGAZ, 1948. p. 180.

949 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 346.

En este Código referido, en el error en la declaración se incluye el error sobre la identidad de la persona, cuando éste hubiere sido el motivo determinante de la voluntad del errans, de modo que las disposiciones del error esencial (dentro del cual se encuentra el error in substancia, el error in personam y el error iuris), se aplican en lo pertinente al error en la declaración. Sin embargo, si lo vemos por entero, si la identidad de una persona pasa a ser categoría determinante de la definición de la voluntad, entonces estaríamos frente a un error esencial y no sólo frente a uno en la declaración (u obstativo), por lo que este tipo de error estaría técnicamente mal ubicado, por más que ambos esquemas merezcan la sanción de la anulabilidad: de modo que científicamente convendría un tratamiento más aguzado.

Ahora bien, podemos concluir brevemente que la causa o fin ilícito muchas veces ha considerado al error en la persona para incluirla en su terreno, sin distinguir que esta institución posee autonomía y caracterología particular, por lo que la demarcación conceptual resulta de suma ulilidad por cuanto beneficia el entendimiento de la superfluidad del fin ilícito como categoría esencial del negocio.

4. ERROR *IN MOTIVO*

Para Pothier[950] el error in motivo anula la convención si se hubiere dado a conocer el motivo erróneo que llevó al agente a celebrar el contrato, por lo mismo que en ese caso las partes deben, según opinión de Puffendorf, considerarse como responsables de haber querido hacer depender su convención de la verdad de ese motivo, como de una especie de condición, o como dice Ruggiero[951],

950 POTHIER, 1993, p. 23.

951 DE RUGGIERO, 1977, p. 270.

no hay otra manera de hacer influyente el motivo que la de elevarlo a causa determinante, consignándolo expresamente como condición."

Este extremo ya lo explicamos cuando tratamos del error in substantia, y previo reenvío correspondiente, y sin ánimo de ser repetitivos bástenos solamente hacer rnención que la diferencia entre el error en el motivo (que debe ser expreso y conocido por la otra parte) con la condición, es que esta última determina el nacimiento y la muerte del negocio por cuanto la cláusula ínsita en el negocio hace depender toda la validez de la operación de la circunstancia suspensiva o resolutoria, mientras que en el error en el motivo, este error no ingresa a formar parte integrante esencial de la operación, de modo que puede ser subsanable sin atacar el desenvolvimiento del negocio en cuestión.

Esto también significa que el error in mente retentum no anula la convención, por cuanto la validez de la operación queda incólume, y ello ocurre porque el motivo no es ordinariamente conocido por la otra parte, pudiendo variar hasta el infinito, Pero, por ejemplo, si el donante o testador hace del motivo una condición de la liberalidad o si resultara claramente de los términos de la declaración que el autor de ella subordinaba la eficacia del negocio a la existencia del motivo, entonces tenemos que el fin ilícito está mal ubicado, ya que con toda comodidad podemos echar mano de la interpretación del error en el motivo para viciar el acto. En el caso Peruano, el Código Civil vigente exige que el conocimiento del motivo sea expreso y por ende conocido por la otra parte, lo cual no reniega de lo que venimos predicando hasta ahora.

Por su lado, el Código Civil Argentino vigente recomienda, en su artículo 928, que el error que versare sobre alguna cualidad accidental de la cosa, o sobre algun accesorio de ella, no invalida el acto, aunque haya sido el motivo determinante para hacerlo, a no

ser que la calidad erróneamente atribuida a la cosa, hubiere sido expresamente garantizada por la otra parte, o que el error proviniese de dolo de la parte o de un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demuestre que sin el error, el acto no se habría celebrado, o cuando la calidad de la cosa, lo accesorio de ella, o cualquiera otra circunstancia tuviera el carácter expreso de una condición.

En función a este artículo, procedemos a realizar nuestro comentario en el sentido de que el error está mal enfocado, ya que si se admite que el error sobre una cualidad accidental necesita ser coparticipado para entrar en el tramado contractual, ello significa que si existe garantía de una cualidad explícita en el contrato nos encontramos en realidad con una condición, ahora bien si el error es fruto de dolo o de alguna maquinación del contrario o de un tercero entonces ya no es error sino dolo, y si esta cualidad ha sido hecha conocida a la otra parte, entonces no habría error en la sustancia o en el motivo sino error sobre la causa principal, según la concepción argentina (ver más adelanle el tratamiento del artículo 926).

Lo que hay que dilucidar ahora es que una vez que el fin ha sido incorporado al negocio, es preciso aclarar cuál será su tratamiento. Bajo el presente rubro en estudio, sera la institución del error la responsable de examinar el motivo, sin embargo, parte de la doctrina nos manifiesta que este fin sólo adquiere relevancia cuando es incorporado al negocio en la forma condicional, sin lo cual estas representaciones psíquicas íntimas no actúan sobre la eficacia de la operación.[952]

En esta misma senda, Giorgi considera que la persona y la sustancia, miradas materialmente son dos elementos contractuales muy diversos del consentimiento, pero considerados

952 PUIG PENA, 1946, p. 19.

psicológicamente, en la intención de quien contrata, asumen todos los caracteres de motivos determinantes del contrato, por lo que en esta condición sólo está que el error sobre la sustancia o sobre la persona puedan viciar el consentimiento.[953] Obviamente, tanto el error en la sustancia como en la persona son en última ratio motivos deterrninantes de la voluntad, pero tienen una especificidad muy particular que les hace gozar de una caracterología distinta, aunque técnicamente el resultado impugnatorio sea el mismo.

En el Perú, el Código Substantivo de 1984 (art. 205) trata el tema del error en el motivo manifestado expresamente y aceptado por la otra parte, con mayor técnica que su antecedente Código Civil de 1936 en su numeral 1084, el que se refería a la falsa causa como causal que vicia el acto, cuando expresamente se manifestaba como su razón determinante o bajo forma de condición, vale decir que bajo el disfraz del error en el motivo se guarecían las figuras de la condición y de la falsa causa.

Esto quiere decir que los motivos determinantes del consentimiento deben ser comunes o, a lo menos, conocidos de ambas partes, pasando de móviles subjetivos y secretos de cada agente a la de fin del respectivo acto jurídico.[954] De modo que este fin del negocio es incrustado en el acto determinado por voluntad común de los contratantes, y en caso de error, la sanción consecuente será la nulidad relativa y no la absoluta, lo que es una situación inexplicable según tendencias que consideran el fin como elemento esencial del negocio.

Ahora bien, una vez examinado el tema del error en los motivos, estudiemos el tópico referente al error sobre la causa por ser uno de

953 GIORGI, 1930, p. 85.

954 OSPINA Y OSPINA, 1980, p. 288.

los rubros que más conflictos ha provocado al interior del instituto del error.

5. ERROR SOBRE LA CAUSA

Los casos de error sobre la causa no tienen autonomía propia y antes al contrario, cifran su importancia en la relevancia prodigada por otras figuras que ven el error en una supuesta causa de las obligaciones. Así por ejemplo, en el caso del vendedor de un terreno que concede gratuitamente un paso al comprador en la creencia errónea de que lo obligan a ello las reglas legales[955]; o el caso de una persona que se asegura contra las heladas ignorando que ya este riesgo está asegurado por otras estipulaciones; o el sujeto que se obliga a dar manutención a un menor en la creencia errónea que éste es su hijo.

Son casos en los que la ausencia de causa, o la falsa causa (error sobre el equivalente recibido) pretenden usurpar la autoridad de la pretendida figura. En buena sindéresis el primer caso es resuelto por el *error juris*, el segundo por la ausencia de objeto y el tercero por el *error in personam*, donde su tratamiento demanda un reenvío justo y necesario a la institución correspondiente.

Un aspecto interesante constituye el hecho de considerar la causa como motivo- determinante del contrato, cuya falencia determinaría la anulabilidad del negocio. Sin embargo, Giorgi (1929, p. 87) piensa que si el error recae sobre un motivo determinante que la ley no ha elevado a la categoría de causa de la obligación, estamos frente a un vicio del consentimiento, mientras que si recae sobre un motivo determinante que la ley reconoce como causa de la obligación, estaríamos entonces frente a un contrato nulo de modo absoluto.

955 MARTY, 1952, 1952. pp. 109-110.

Auscultando bien este planteamiento, vemos que está presidido por un concepto eminentemente legalista y objetivo lo cual hace peligrar la concepción misma del fin como requisito del negocio, ya que éste dependerá de la positivización o de la tipificación, resultando con ello que los negocios atípicos serían anulables y los típicos, nulos, en virtud a un criterio antojadizo y arbitrario. Por su parte Zannoni[956] al diferenciar la causa motivo de las circunstancias objetivas de contratación (externas a los sujetos) considera que la afectación de la causa motivo negocial se resuelve con la nulidad por error o vicio, y en cambio el aspecto objetivo, si es a la formación, con la lesión objetiva y si es a la ejecución con el instituto de la imprevisión (sobreviviente a la formación del acto). Ello no hace más que corroborar el contenido altamente redundante de la institución de la causa en el contrato, y sobre todo de la causa vista desde una perspectiva psicológica.

Según el Derecho Argentino, en el Código Civil vigente (artículo 926)[957] la causa principal del acto -diferente de los motivos, salvo en materia de testamentos donde excepcionalmente se incluyen los motivos determinantes- es el hecho o acto generador, como cuando resulta nulo el pago, creyendo por error que es el precio de una cosa que en realidad no hemos comprado. Esta forma de conceptuar la causa es básicamente etiológica, cuyo error muy bien puede radicar en la ausencia de objeto.

Es necesario entender, distinguir y discernir la distancia entre causa y sustancia, aunque ello vulnere la primera institución. Marcade[958] manifiesta: "Nosotros entendemos por causa principal del acto, el motivo, el objeto que nos propusimos en el acto, haciéndolo

956 LAVALLE ZAGO, 1991, p. 143.

957 **Artículo 926**: El error sobre la causa principal del acto, o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto.

958 Ver respectiva nota en el Código Civil Argentino, respecto al art. 926.

conocer a la otra parte, y por cualidad sustancial de la cosa, toda cualidad que no siendo susceptible de más o menos, coloca al objeto en tal especie, o en tal otra especie, según que esta cualidad existe o no existe. Así, si he querido adquirir un cuadro de Rafael y se me da una copia, hay un error en la causa principal del acto y en la calidad principal de la cosa. Si mi voluntad era conocida por el que debía darme el cuadro, y él también se engañaba sobre la copia que me entregaba, hay un error de hecho que anula la expresión de voluntad de ambos, porque era implícita la condición 'si el cuadro era de Rafael'. Pero el que me entregaba el cuadro conociendo mi voluntad sabía que no era de Rafael, no hay error verdaderamente, sino dolo, superior en sus efectos al error, y yo puedo revocar el acto como hecho por dolo. Pero si el que me da el cuadro me declara francamente que no conoce el autor, y, sin embargo, lo acepto, es claro que no podré anular el acto por mi error."

Dentro de esta cita, que condensa toda una filosofía, encontramos contradicciones bien marcadas y situaciones que es necesario develar. Marcade considera la sustancia desde un punto de vista objetivo, de modo que la proyecta como el conjunto de cualidades que caracterizan a un objeto que lo hacen pasar de una especie a otra. Por otro lado, su concepción sobre la causa responde a planteamientos finalistas que no se desligan del motivo: la causa será el motivo conocido por la otra parte, de modo que cuando el vendedor me entrega la copia de un Rafael, estaríamos ante un error en la sustancia y no en la causa (entendiendo por sustancia lo que un sano eclecticismo objetivo-subjetivo predica) en el que la impugnación sería consecuente. De esta forma no sólo se confunde sustancia con causa, sino también causa con condición implícita, sin entender que la causa representa una institución harto reemplazable y super-erogatoria.

Para el caso Peruano del Código Civil de 1936 el art. 1084 se refería a la causa falsa, constituyendo un remoto antecedente de la moderna teoría del error en el motivo. Si seguimos con este escarceo jurídico, veremos que la falsa causa tiene lejano antecedente en la ley 31 del Título 20 del libro 2° de las Institutas y las leyes 1 y 65, parrafo 2º, del Título 6, del libro XII del Digesto.

Pero lo que resulta curioso es analizar cómo dos figuras que son concomitantes entre sí tienen secuelas distintas. Es decir, que si seguimos por la senda de la causa falsa, el resultado de su tratamiento conducirá a la nulidad absoluta, mientras que por la teoría del error en el motivo, tendremos una nulidad relativa. De modo que la causa falsa del Código Civil del 36 no se compadece con la consideración de la causa legal del Código francés.

Esta confusión puede obedecer a que simplemente la causa se aprecia como el motivo determinante de la voluntad de obligarse: *est ratio propter quam aliquidatur aut fit*.[959] La causa, en esta senda, es un elemento introducido por las partes para la constitución de la declaración de voluntad, móvil decisivo de la declaración, condición misma del acto cuya falsedad suscita la nulidad de la declaración al afectar el consentimiento o voluntad de las partes; en boca del propio Cornejo:[960] "Conforme al artículo 1084, la causa significa el móvil decisivo de la voluntad de obligarse. Sin embargo, es regla inconcusa que el error en los motivos no se tome en cuenta. Mas la 'causa convencional' no importa un motivo cualquiera, como tal indiferente. Importa un motivo declarado, es decir, formando parte del 'contenido de la declaración', como remarcan los autores alemanes; un motivo no meramente personal, íntimo, sino expresado y conocido por la otra parte, que por lo tanto implica una 'presuposición conocida'; en

959 CORNEJO, 1939, p. 271.
960 CORNEJO, 1939, p. 272.

suma, una condición del acto mismo. Sólo esta última clase de motivos puede anular el acto por error, porque éste concierne entonces a un elemento de aquél, según la común voluntad manifestada de las partes, porque afecta a la declaración misma. El error de la primera clase, sobre el motivo impulsivo, sicológico, no es tomado en cuenta."

Esta es la prueba más clara y contundente de la profunda tergiversación en la que ha incurrido la doctrina al confundir causa con el motivo determinante de la voluntad coparticipado que da lugar al error en el motivo, el que es asumido como error en la causa. De tal manera que resulta concluyente que se trata de un problema de terminología por cuanto ambos contenidos son completamente iguales, lo único que resulta diferente son los continentes, y en cuanto al de la causa, éste es fácilmente suplantable.

6. ERROR UNILATERAL O BILATERAL

Hay discusión acerca de considerar el error en cuestión como unilateral o bilateral. Una parte de la doctrina piensa que el error es unilateral por cuanto es sólo una persona la que yerra, y si fuese común entonces habría dolo o, en todo caso, la teoría del error se reduciría a la de la condición, porque el hecho erróneo hubiera sido considerado por las partes de un común acuerdo como determinante de la voluntad.

Por su parte, la jurisprudencia francesa estima que el error de uno de los contratantes no es causa de la nulidad sino cuando el otro contratante, sin incurrir en él, lo ha conocido o ha debido conocerlo (error conocido o previsible). De forma que este requisito no perturba la seguridad del contratante con errores imprevisibles (elemento de objetivación del error).[961]

961 MARTY, 1952, 1952, p. 114.

El manido *propositum in mente retentum* es irrelevante a menos que se manifieste a la otra parte, o por la propia declaración expresa o por las circunstancias de hecho. "No es necesario que el error sea bilateral -dice Coviello (1938, p. 423)- bien puede ser que la otra parte conozca la falta de las cualidades que yo pretendo, o que sea de mala fe; con todo y eso, el negocio es siempre anulable". Esta cita nos demuestra la confusión que puede existir -de no cercar cuidadosamente los trebejos conceptuales- entre el error y el dolo, en el que el conocimiento de la ausencia de una cualidad peticionada por la otra parte es pleno, señoreando la mala fe en el proceso de transferencia negocial.

Por su lado Giorgi (1929, p. 90) piensa que basta el error unilateral: la doctrina que prevalece y la ley no exigen el error de ambas partes, lo mismo que en el Derecho Romano, este requisito no se encuentra para viciar el consentimiento. Tanta excusa merece quien erró solo, siempre que no haya sido víctima de un error imperdonable, como quien erró en compañía del otro contratante.

Para Josserand (1950, p. 56) el error debe ser común a ambas partes, debe ser compartido, convenido (error ex pacto), porque el error unilateral no es dirimente. De esta manera, se pretende conjurar el peligro de la arbitrariedad, rechazando el criterio individual para dar paso a uno contractual.

Por su parte el derecho alemán adopta un sistema que no es ni individual ni contractual, ya que se considera la voluntad de las partes en función de los usos: criterio social y objetivo, donde el error vicia una operación que recae sobre cualidades que, en las relaciones de negocios, se consideran como esenciales.

Por su parte, para matizar el asunto, Loewenwarter (1943, pp. 53-55) relata que en 1921, Gerhard Beseler investigó acerca del error substantial, publicando sus conclusiones en los Anales Bizantinos-neo-

griegos, las que fueron confirmadas luego por el Prof. Lenel, célebre romanista de la Universidad de Freiburg en la Revista de Derecho de Madrid de 1924, p. 97, demostrando que en las formulaciones del pretendido Ulpiano no se trató del error unilateral. Por esta razón las doctrinas modernas sobre el error unilateral en sustancia sacadas del texto mal interpretado y mal transmitido no pueden ser atribuidas a los autores clásicos romanos, sino a los colaboradores del Emperador Justiniano, por lo que sólo sería auténtica la fórmula de Juliano en los Digestos en el Libro XVIII, Título I, Lex 41, 1, que versa sobre el error mutuo y recíproco (concordante con Josserand pero en contra de Coviello y Giorgi).

En Alemania se habló del error mutuo sobre la base del contrato, empezando tal doctrina en 1921 con la consecuente evolución y conocimiento de ésta. Para Von Tuhr la base del negocio representa un estado de cosas que encierra para las partes una convicción tan imperante que ellas no piensan estipular bajo una condición como sucede en lo relativo a un hecho futuro e incierto.

Algunos han pensado que la base del negocio -explica Von Tuhr[962]-constituye el motivo determinante conocido por el adversario como fundamental para la declaración de voluntad del que padece el error, sin embargo, no siempre sucede esto, ya que hay casos en que aún sabiendo el motivo que induce al otro para contratar, este conocimiento no afecta la eficacia del convenio, como cuando un heredero de un fundo compra utensilios agronómicos expresando que los necesita para un predio heredado, y si posteriormente se descubre que la asignación testamentaria de la finca es nula, este factor no importa la resciliación del contrato.

Este último ejemplo que intenta explicar que el conocimiento contrario del motivo que impulsó al errans a contratar, no influye para

962 LOEWENWARTER, 1943, pp. 53-55.

considerarlo como base del negocio, representa una contradicción, puesto que en este caso tal factor es adjetivo y no fue elevado a la calidad de elemento determinante o fundamental de la declaración de voluntad, en cuyo supuesto la impugnación descendería lógicamente.

Entonces la base del negocio constituye un estado de cosas indiscutible, supuesto como existente y determinante para los contratantes. Es el caso de una transacción sobre el monto de un legado adeudado, el consentimiento de ambas partes descansa en la supuesta validez del legado que, de haber sabido o sospechado las partes la nulidad del testamento, ni el uno ni el otro hubieran estipulado el cumplimiento del legado.

Otro caso que nos presenta Loewenwarter para ilustrar el error común sobre la base del negocio, se refiere a la compra de acciones en base a una errata en el boletín de cotización de la bolsa según el cual había sido fijado el precio. No siendo una presunción unilateral o motivo del uno conocido o aprobado del otro, sino una convicción de verdad del precio publicado, de igual fuerza para ambos, de saber las partes que la noticia del cambio no había ascendido a 190 sino a 90, ni el comprador hubiera ofrecido 190 ni el vendedor hubiera podido exigir 190 sin cometer un dolo. En todo caso, si la exactitud del precio indicado en el boletín hubiera sido puesto en tela de juicio, el contrato hubiera resultado celebrado con la reserva expresa de la veracidad del cambio publicado, por lo que faltando todo motivo de duda, no hay la posibilidad de suponer la existencia de una condición tácita.

De esta forma, dice LOEWENWARTER (1943):

> La base necesaria del contrato, contrariamente al motivo accidental, debe buscarse en una 'convicción y presuposición mutual' de las partes, de igual importancia o peso para la formación de la base del contrato. Se debe

> hacer constar por ambos lados que las partes no hubieren deseado celebrar el contrato si hubiesen conocido la inexactitud de lo recíprocamente supuesto. (p. 55).

Entonces podemos entender que esta base del negocio no va por la senda del motivo determinante conocido por la parte contraria, sino por la vía de la representación de un sustrato fundamental de elementos sobre los que se levanta la declaración de voluntad. De ahí que el error sobre la base del contrato tenga concomitancia con el error sobre la sustancia de la operación.

Analizando el texto del Código Civil Peruano de 1936 Gustavo Cornejo (1939, p. 269) cree que ha existido una incorrecta interpretación de los textos romanos, dice así: "Por equivocada exégesis de los textos romanos, se ha consagrado la nulidad por error unilateral en una cualidad sustancial." Sin embargo, el pasaje de Juliano que se cita como confirmatorio de la posición de Ulpiano, (Digesto, libro 18, Título 1, ley 41, párrafo 1) indica que ambas partes han de errar para que haya nulidad.

Cuando el error es unilateral, el acto se mantiene (Digesto, libro 18, Título 1, Nº 45). Por su lado el pasaje tomado de los Comentarios al Edicto de Paulo (Digesto, libro 19, Título 1, Nº 45) lleva a idéntica conclusión.

Este error substancial de corte bilateral es asumido también por la jurisprudencia inglesa cuando considera insuficiente, para la declaración de la nulidad, que una parte caiga en error sobre una cualidad de la cosa, a menos que fuera inducida a error por la conducta de la otra parte (sin dolo) o cuando el error sea de ambas partes, entonces la nulidad sí sería procedente. En este sentido es menester recordar que para determinar cuándo se podría delimitar el dolo del error común, debemos circular por linderos harto sutiles que

llevan a considerar las maquinaciones, la mala fe o el conocimiento anticipado del otro contratante.

De otra parte, el criterio del error común tiene algunas ventajas que puede convenir explicitar:

1º Garantiza la seguridad en las transacciones jurídicas, porque evita que la solución injusta de que un negocio jurídico se anule para una parte, por el error de la otra parte, sin que aquella participe en su producción (es decir, haciendo a la primera sufrir las consecuencias de la imprecisión o torpeza de la segunda), y

2º Elimina los inconvenientes de determinar cuándo hay error.

Estas garantías o ventajas, naturalmente, no son absolutas y obedecen a un criterio de pensamiento que en cierta manera es adoptado por el grueso de las legislaciones modernas. En el caso del Perú, se exige que este tipo de error sea conocible por la otra parte, y la anulación del acto por error **no** da lugar a indemnizacitin entre las partes[963]. Ello equivale a considerar que ningún tipo de error substancial puede recaer en la plataforma individual de la mente del errans, sin amparar el hecho de la coparticipación del mismo. Será, en todo caso, la jurisprudencia la que, con su férula auscultadora, defina la aplicación de estos principios a una multívoca realidad causídica.

7. CONCLUSIONES

1. Se entiende por sustancia no sólo las cualidades que forman la naturaleza misma de la cosa sino también las que tienen una

963 El caso peruano no ha cobijado en su articulado la institución de la excusabilidad aneja a la reconocibilidad, de donde - tardía o expresamente, según la cantera doctrinaria- podría dar lugar a que un error además de reconocible, sea excusable (inimputable) para el declarante.

importancia tan solo subjetiva para el errans, previo análisis del modo general de ver las cosas y de la posibilidad congsnoscente por parte del otro contratante.

2. El *error in substantia* soluciona problemas que el fin ilícito pretende monopolizar. En este tipo de vicio, la intención coparticipada ingresa al tramado negocial para ser examinado en la forma de error in substancia, con el correlato lógico de la anulabilidad y no de la nulidad, conclusión que surgiría de considerar el fin ilícito como elemento esencial del acto jurídico.
3. El *error in personam* considera todas las motivaciones que ha considerado el errans al momento de manifestar su voluntad, y que han sido determinantes para su declaración. Por su parte el error en el motivo exige que éste deba ser conocido expresamente por la otra parte, de modo que a veces suele confundírsele con la condición, diferenciándose de ésta por la subsanabilidad del negocio. Demás está decir que ambos tipos de error pueden resolver muchos de los problemas que enfrenta el fin ilícito al interior del negocio, resultando ésta una figura accesoria y postiza.
4. El error en la causa es en sí un error en el motivo, por lo que ambos contenidos son completamente iguales, lo único que resulta diferente son los continentes, y en cuanto al de la causa, éste resulta fácilmente reemplazable.
5. En cuanto a considerar al error como bilateral o unilateral, el Derecho Romano había considerado un error coparticipado, siendo el grueso de las legislaciones modernas las que brindan andamiaje suficiente a esta interpretación, caso del Perú en que el error debe ser conocible de la otra parte.

Capítulo XII
LA CAUSA EN EL PERÚ

1. Introducción. 2. Evolución Histórica. 2.1. La Causa en el Código Civil de 1852. 2.2. La causa en el Código Civil de 1936. 2.3. La Causa en el Código Civil de 1984. 3. La Causa dentro de la Constitución. 4. Causa, Jurisprudencia y Código Civil, a). Derecho de Personas. b). Personas Jurídicas. c). Acto Jurídico. d). Derecho de Propiedad. e). Testamentos. f). Compraventa a Prueba. 5. La *Exceptio Non Adimpleti Contractus.* 6. Cláusula *Rebus Sic Stantibus.* 7. Imposibilidad de Pago. 8. Contratos Causales y Abstractos. 9. Tendencias Doctrinarias en el Actual Código Civil de 1984. 9.1. Posturas de la Causa Clásica. a). Carlos Ferdinand Cuadros Villena. b). José León Barandiarán. c). Felipe Osterling Parodi. d). Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena. e). Otros Autores. 9.2. Posturas Anticausalistas. a). Carlos Ferdinand Cuadros Villena. b). Luis Romero Zavala. 9.3. Posturas Neocausalistas (Causa Unitaria). a). Aníbal Torres Vásquez. b). Fernando Vidal Ramírez. c). Max Arias-Schreiber Pezet. d). Javier Armaza Galdos. 9.4. Posturas Hipersincréticas. a). Lizardo Taboada Córdoba. 10.- El Perú frente a la Evolución de la Causa en el Mundo Contemporáneo. 11.- Conclusiones.

1. INTRODUCCION

En el decurso de esta investigación hemos demostrado tajantemente cómo la teoría de la causa, en su multifacética expresión, representa un sinuoso mecanismo creado para embarazar situaciones y reproducir funciones propias de otras figuras negociales.

Sin embargo, existe algún sector causalista que, dentro de la doctrina -y fiel a la conservación de este adefesio pseudojurídico- reputa la causa como elemento de validez de las obligaciones, del contrato y hasta del negocio o del acto.

Así, a guisa de ejemplo, entre aquellos autores que consideran que la causa -desde su particular perspectiva, incluso muchas veces extraida de un sedicente científico análisis de la herencia del Derecho Romano- es un elemento esencial del negocio jurídico, podemos encontrar a: Hector Lafaille[964], Biagio Brugi[965], Arias Ramos[966], Di Pietro y Lapieza Elli[967], Argüello[968].

Entre los autores que creen que la causa es un requisito del contrato, tenemos a: Francesco Messineo[969], Ezaine Chávez[970]. Para otros que piensan que dentro de los elementos de la obligación no se incluye la causa, están: Montoya Gómez[971], Rodríguez Pastor[972], Alzamora[973], Petit.[974] No faltando aquellos otros que creen que el objeto -dentro del contenido del contrato- es el reflejo, en cierto modo, de la causa del contrato.[975] Otros autores consideran que la causa es un elemento esencial común para la existencia del contrato, mas no para la validez del contrato, caso de Miranda Canales.[976]

Como vemos, tenemos posiciones para todos los gustos y todas las teorías, sin embargo, hemos demostrado mediante este trabajo cómo es que tanto la teoría clásica en su versión objetiva o subjetiva, no es más que un embarazo falso e inútil, lo mismo que para aquellas teorías neocausalistas en su triple versión: bilateral

964 LAFAILLE, 1953, p. 225.
965 BRUGI, 1946, p. 106.
966 ARIAS RAMOS, 1947, p. 110.
967 DI PIETRO y LAPIEZA ELLI, 1383, pp. 144-145.
968 ARGUELLO, 1984, p. 167.
969 MESSINEO, 1954, art. 1325.
970 EZAINE CHAVEZ, 1987, pp. 90-91.
971 MONTOYA GOMEZ, 1973, pp. 8-9.
972 RODRIGUEZ PASTOR, 1092, p. 93.
973 ALZAMORA, 1897.
974 PETIT, 1980, p. 367.
975 ETCHEVERRY, 1988, p. 203.
976 MIRANDA CANALES, 1995, p. 62.

(Josserand), psicológica (Bonnecase) y sincrética (Capitant), pasando por las teorías objetivas italianas de la causa como función jurídica o función económico social, etc. Ninguna de ellas ha logrado dar cabal respuesta a los problemas de causa falsa, ausente o ilícita. Tampoco se crea que con la teoría hipersincrética (que une la causa subjetiva del motivo impulsivo y determinante, con la causa objetiva de la función económico social). Lo que ocurre es que detrás y debajo de estas posturas yace un fundamental principio que indica que las teorías causalistas están condenadas al fracaso porque fácilmente la causa puede ser suplantada y asumida por otras estructuras participantes del negocio jurídico, como lo hemos visto en este estudio.

Ahora bien, conviene analizar cuál es la fisonomía de la causa en el Perú, así como determinar cuál es el desarrollo normativo a nivel de los Códigos civiles. Sabido es que la legislación peruana no es sino un fiel calco de normas foráneas, debido al inveterado hábito de sentirnos epatados por todo aquello que no sea peruano, por la costumbre de rendir un culto casi demiúrgico a todo aquello que venga del primer o segundo mundo (ahora se diría, del mundo desarrollado.)[977]

"Y en este mundo que ha cambiado, que está cambiando con un movimiento uniformemente acelerado, de una manera tan radical, ¿cómo es el Derecho Civil? Podría definirse con una sola nota: el Derecho civil sigue siendo decimonónico."[978] Con respecto al derecho peruano diríamos que sigue siendo dieciochesco. Y lo peor aún es que no tenemos una idea clara de lo que se pretendió hacer con respecto a la causa jurídica dentro del acto jurídico, de modo que para ayudar a entender el porqué de este elemento superfluo del

977 Para Ghersi, el Código Civil Peruano es el Código civil de Mussolini de 1942. Cfr. GHERSI. 2000, p. 36.

978 DIEZ PICAZO y GULLON, 1980, p. 54.

negocio jurídico, empezaremos a estudiar la evolución histórica de tan problemático presupuesto.

2. EVOLUCION HISTÓRICA

Veamos enseguida cómo se incardinó la causa jurídica en el plexo normológico de frente a cada una de las teorías sustentatorias.

2.1. La causa en el código Civil de 1852

Como sabemos, este Código no legisló, al igual que el de Napoleón de 1804, sobre el acto jurídico, mas sí sobre la causa jurídica, de claro entronque con los postulados prodigados por la causa clásica.

De esta forma, el artículo 1235 (igual que el artículo 1108 del Código francés) establecía que para la validez de los contratos se requería: 1) El consentimiento de las partes, 2) su capacidad para contratar, 3) cosa cierta que sea materia del contrato y 4) causa justa para obligarse.[979]

De modo que esta causa se entendía como el fin abstracto, típico, directo e inmediato, siempre idéntico para todos los actos pertenecientes a la misma categoría.

En cuanto se refiere a la ausencia de causa, se pensaba que ésta podía darse en aquellos supuestos en los cuales faltó la voluntad, o en un acto absolutamente simulado, no siendo necesario recurrir a la falta de causa para establecer su invalidez. Asimismo, los casos de falsedad de la causa se reconducían a los actos de simulación relativa.[980] En este sentido el artículo 1253 expresa que es nulo el contrato celebrado sin haber causa, o con una causa falsa o ilícita; y el artículo 1255 manifiesta que es ilícita la causa que se opone a las leyes

979 Cfr. RUBIO CORREA, 1989.

980 TORRES VASQUEZ, 1992, pp. 73-77.

o a las buenas costumbres, mientras que el numeral 1254 manifiesta que se presume que en todo contrato hay causa lícita, aunque no se exprese, mientras no se pruebe lo contrario.[981]

De esta manera queda claro cómo es que el Código Civil de 1852 se fundamenta en la teoría de la causa clásica, la que, como lo hemos demostrado en este trabajo, es falsa e inútil.

2.2. La causa en el código Civil de 1936

Este Código eliminó toda mención a la causa como elemento de validez y existencia del acto jurídico, por eso se dice que tiene una orientación anticausalista.

De esta forma, en el Libro V (Del Derecho de las Obligaciones), sección 1º (de los actos jurídicos), título I (disposiciones generales), artículo 1075 dice:[982] "Para la validez del acto jurídico se requiere agente capaz, obieto ilícito y observancia de la forma prescrita o que no esté prohibida por la ley."[983]

For su parte, Manuel Augusto Olaechea, ponente del libro Quinto, expuso que no se había considerado la causa como elemento vital en la elaboración del acto jurídico[984], porque en los actos gratuitos la causa se confundía con el consentimiento, y en los onerosos se

---

981 Artículo 1253: "Es nulo el contrato celebrado sin haber causa o con causa falsa o ilícita." Artículo 1254: "No es necesario que la causa se exprese en el contrato; por ley se presume que en todo contrato hay causa lícita, mientras no se pruebe lo contrario."
Artículo 1255: "Es ilícita la causa que se opone a las leyes o a las buenas costumbres." (Cfr. GARCIA CALDERON, 1879, p. 373.)

982 CASTAÑEDA, 1978, p. 5.

983 En el proyecto de Código Civil, la Comisión creada según R. S. del 22 de agosto de 1922 (Cfr. Proyecto *de Código Civil*, edit. Gil, Lima, 1936, pp. 157 y. 163), esbozó la siguiente propuesta: observancia de la forma prevista, o que no esté prohibida por la ley." Mientras que en el Título VII: De la Nulidad de los Actos Jurídicos: "El Acto Jurídico es nulo: 2º Cuando su objeto fuera ilícito o imposible."

984 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 108.

asimilaba al objeto.[985] Asimismo, creía que la idea de causa no tenía independencia, autonomía, de la inteligencia, del objeto y porque la causa ilícita resultaba ser un concepto inútil, ya que la teoría de la causa no era más que una palabrería vacua.[986]

Es que esta finalidad del acto jurídico resultaba siendo la orientación que se daba a la manifestación de voluntad, es decir, a la producción de efectos jurídicos como crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, identificándose con el contenido específico de cada acto, o sea, con los efectos buscados mediante la manifestación de voluntad. Por eso, Olaechea consideró que la causa no era un elemento vital en la elaboración del acto jurídico, al confudirse con el objeto o el consentimiento.[987]

For su parte, Vidal Ramírez considera que el hecho de haber instalado el acto jurídico en el libro V destinado a las obligaciones[988], genera que tanto su ponente (Manuel Augusto Olaechea), así como el más calificado de sus comentaristas (León Barandiarán), considerarán la causa en relación a los actos patrimoniales, cosa que demostraremos posteriormente con detenimiento en cuanto alude a la concepción de este ilustre jurista.

De otra parte, si apreciamos el artículo 1084, encontramos que la falsa causa sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante o bajo forma de condición. For su lado, Olaechea creía que en el primer caso, la causa final del acto se confunde con el objeto y es parte integrante del acto mismo. De otra parte, Vidal Ramírez refiere que León Barandiarán consideraba

985 A este respecto Olazabal creía también que la causa se confundía con el objeto ilícito. (Cfr. OLAZABAL, 1961. p. 464.)

986 TORRES VASQUEZ, 1992, p. 80.

987 GUZMAN FERRER, sf, p. 141.

988 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 110.

que este artículo apreciaba la causa de forma diferente a la causa clásica, vale decir, se lo veía como el móvil decisivo de la voluntad de obligarse.[989]

De la misma forma, Vidal cree que en el Código de 1936 no se eliminó completamente toda alusión a la causa, máxime cuando ésta toma encarnadura dentro de la órbita de la nueva corriente francesa -para ese entonces- del neocausalismo psicológico, que asume la causa como el motivo impulsivo y determinante de la celebración del acto jurídico.[990]

No obstante, a pesar de estas particulares observaciones, la causa no fue aceptada como elemento esencial de validez ni de existencia del acto jurídico, como sí lo hizo el anterior Código Civil de 1852, razón por la cual se dice que el Código de 1936 es un Código anticausalista, pese a existir artículos que aludan a la causa entendida como error en el motivo.

Veamos ahora cómo es que se recepta la causa jurídica como elemento de validez del acto jurídico dentro de la órbita del nuevo Código Civil.

2.3. La causa en el código Civil de 1984

Este Código en su artículo 140 numeral 3º, impone como elemento esencial de validez del acto jurídico, el *fin lícito*, con lo cual la causa echa raíz dentro de la estructura negocial. Sin embargo, ni el Código, ni la Exposición de Motivos, expresan claramente a qué corriente doctrinaria se afilia nuestra legislación.

Además, resulta extraña la forma cómo fue cambiado el término "finalidad" -de los proyectos y anteproyectos de las Comisiones- por el

989 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 110.

990 VIDAL RAMIREZ, 1990b, pp. 110 y ss.

de "fin" del actual Código Civil. En efecto, Delia Revoredo[991] relata que en el Proyecto de la Comisión Reformadora (1981), artículo 1º se decía: "Para la validez del acto jurídico se requiere capacidad, declaración de voluntad, objeto física y jurídicamente posible, finalidad lícita y observancia de la forma prescrita con carácter necesario o que no esté prohibida por la ley." Asimismo en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora (Dra. Susana Zusman Tinman y Dr. Manuel de la Puente y Lavalle, 1980), en su artículo 1º se manifestaba: "El acto jurídico es la declaración de una o varias voluntades destinadas a crear, regular o extinguir relaciones amparadas por el derecho. El acto jurídico produce los efectos queridos por el agente y los que eventualmente pueda asignarle la ley".

De la misma forma, el Proyecto de la Comisión Reformadora (1975), en su primer numeral decía: "Para la validez del acto jurídico se requiere capacidad, consentimiento, objeto físico y jurídicamente posible, finalidad lícita y observancia de la forma prescrita con caracter necesario o que no esté prohibida por la ley."

Como vemos, todos los proyectos contemplaban el término *finalidad y* no el de *fin* que ulteriormente captara el actual cuerpo civil. Sin embargo, yacía bajo una u otra denominación una concepción de la causa que no quedó bien definida a qué corriente se afiliaba.

Por otro lado, Torres Vásquez refiere que los profesores que intervinieron en la redacción del Código, en lo atinente a esta parte, fueron Max Arias Schreiber, Fernando Vidal Ramírez, Felipe Osterling y Juan Lohmann, manifestando que han adoptado la teoría de la causa fin subjetiva que no distingue entre causa y motivos: los motivos determinantes de la voluntad común de las partes tienen la calidad de causa determinante.[992]

991 REVOREDO DE DEBAKEY, 1985, p. 140.

992 TORRES VASQUEZ, 1992, p. 93.

Lohmann, por su parte, discrepa abiertamente con Torres negando que su posición milite dentro de la teoría subjetiva de la causa[993], ya que, como lo veremos posteriormente con mayor detalle, su tesis es abiertamente objetiva. En cuanto se refiere a Vidal Ramírez y Max Arias, que también los veremos más adelante al detalle, consideran que la posición peruana es subjetiva y finalista, doctrina que resulta de la mezcla de los neocausalismos de Josserand (bilateral) y de Capitant (sincrético); mientras que Osterling compartiría también este último criterio, según lo afirman Max Arias[994] y Vidal Ramírez.[995] Pese a ello, ulteriormente veremos que la posición de Osterling circula por la causa clásica y no por ninguna posición unitaria, o ecléctica.

Por su parte, Lohmann hace una importante crítica a la confusión en que incurren estos autores, por cuanto piensa lo siguiente: "La principal observación que puede hacerse a la teoría subjetivista de la causa es la confusión que puede suscitar entre ésta, como razón de ser del negocio en el sentido de instrumento querido para el logro de un propósito, y el motivo personal que tienen en mente las partes contratantes, el consentimiento de éstas, o el objeto a que se dirige dicho consentimiento"[996]; y en efecto, dentro de esta supuesta confusión incluye a Vidal Ramírez, Max Arias, Torres Vásquez y Marcial Rubio.

Pero si vemos lo que Lohmann (1997) entiende por teoría subjetiva, apreciamos que "según la concepción subjetiva, defendida y expuesta magistralmente por Capitant, la causa es, básicamente, la razón valedera para el Derecho por la cual se contrae la obligación" (p.

993 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 84.
994 ARIAS-SCHREIBER PEZET, 1991.
995 VIDAL RAMIREZ, 1990b, p. 111.
996 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 93.

93), entendemos que no existe ninguna confusión, porque Vidal y Arias se basan en Capitant y Josserand, claro está que con imprecisiones y tibiezas, pero se remiten a ellos para fundar el híbrido Peruano. De esta forma, existe un problema de rótulo que es necesario aclarar. Cuando se dice *teoría subjetiva*, puede entenderse a la teoría clásica, a las teorías neocausalistas psicológica (Bonnecase), bilateral (Josserand) o sincrética (Capitant), o hasta la consideración psicológica de la función objetiva de la causa según las teorías italianas.

Sin embargo, hemos demostrado en este estudio que las teorías estrictamente subjetivas son aquéllas del neocausalismo psicológico de Bonnecase, por cuanto los neocausalismos de Capitant y Josserand, si bien tienen una fuerte carga psicológica y subjetiva, como herencia del quehacer jurisprudencial, no se despegan de la causa clásica de orientación objetiva, aunque con una lectura subjetiva de la misma que, para efectos prácticos, constituye la misma situación. Sin embargo, la propia causa clásica, pese a ser objetiva, tiene también -por parte de un sector doctrinario- una lectura subjetiva que impele a que muchos juristas la vean como una teoría subjetiva, razón por la cual los neocausalismos de Capitant y Josserand podrían haberse rotulado como "subjetivos y finalistas" (caso lo hacen Vidal, Arias, Osterling.)

De otra parte, es necesario manifestar que, más allá de las etiquetas, se estudie a profundidad lo que se trata de decir con tales títulos, es decir, es menester estudiar los contenidos, y no confundirse con continentes: ir al significado en sí. De modo que, resumiendo y concluyendo, la postura peruana asumida por los redactores del Código es concomitante con las teorías neocausalistas de Capitant (sincrética) y de Josserand (bilateral), uniendo ambas y sacando un híbrido ecléctico amorfo, producto del calco y del plagio. De esta concepción participan Vidal y Arias, sin embargo, Lohmann tiene una posición más objetiva apegada a las teorías del contenido preceptivo

del negocio jurídico de cuño italiano, mientras que Osterling, pese a que los autores referidos mencionan que comparte el mismo criterio subjetivo, más adelante veremos que su posición se enrola enteramente en el causalismo clásico.

De otra parte, escrutando un poco la situación práctica de este presupuesto negocial, en cuanto a los casos de ausencia de causa y falsa causa, la doctrina considera que la falsa causa es un caso de falta de causa. De esta forma, habrá que determinar en cada caso si hubo o no voluntad real para celebrar el acto desembocando en casos de simulación aboluta (artículo 219, inciso 5), o simulación relativa, o situaciones en las que se incurre en la figura del error (o dolo, según las características), al momento de apreciar la causa fin determinante (art. 221, incs. 2 y 3). De modo que la falta de causa o la falsa causa estaría viculada al error, al dolo o a la simulacion[997], es decir se trata de un elemento del acto jurídico que necesita de otras figuras para tener eficacia real y práctica porque en sí y por sí no constituye un elemento independiente y autónomo.

Por otra parte, si retomamos la teoría de Capitant sobre el sinalagma funcional, (adosado al genético), tenemos que pensar, por ejemplo, en casos en los cuales se produzca la desaparición de la causa sobreviniente a la celebración del acto, (si se trata de un contrato con prestaciones recíprocas), generando situaciones como las contempladas por la excepción de incumplimiento (artículo 1426)[998], conocida en la doctrina como la *exceptio non adimpleti contractus*. Y como se recordará de la lectura de los capítulos precedentes, esta excepción vino a cumplir una función jurídica en respuesta a las

997 TORRES VASQUEZ, 1992, p. 87.

998 **Artículo 1426**: "En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento."

demandas sociales de esa época, en la medida que respondía no a la causa sino al principio de interdependencia de las obigaciones, según lo vimos en capítulos anteriores.

En lo que respecta a la causa ilícita, se siguen repitiendo los sempiternos ejemplos de ilicitud como el corretaje matrimonial o corretaje de adopción, o liberalidades para favorecer la prolongación de relaciones inmorales, o contrato de préstamo destinado a la adquisición de una casa de tolerancia[999], vale decir, casos que se resuelven mediante la aplicación de elementos que no tienen nada que ver con la causa.

Ahora bien, estudiemos un poco cómo es el desenvolvimiento de la causa dentro de los planos constitucionales.

3. LA CAUSA DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN

Como recordamos, el Código Civil de 1936 es de orientación anticausalista, sin embargo, cuando se redactó la Constitución Política del Perú de 1979, las posturas tendentes a incorporar la causa como elemento de validez del negocio eran fuertes, razón por la cual esta Carta Magna en el inciso 12 del artículo 2º dijo que toda persona tiene derecho: "A contratar con fines lícitos. La ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho."

Como apreciamos, el derecho a contratar constituye un derecho de la persona, un derecho humano[1000], el mismo que tiene como base ética el respeto a los principios de justicia. Es decir, que el criterio de licitud, dentro del cual radican los fines, se reconduce al respeto a la justicia que debe ser protegida legislativamente; y no solamente

999 TORRES VASQUEZ, 1992, p. 91.
1000 BIDART CAMPOS, 1991, p. 168.

la justicia, sino que se alude al principio de la evitación del ejercicio abusivo del derecho que tomó encarnadura posteriormente en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil de 1984.

De otra parte, la Constitución de 1993, en el artículo 2º inciso 14 se manifestó que toda persona tiene derecho: "A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público", con lo cual los criterios de justicia y de control del ejercicio abusivo del derecho quedaban encerrados dentro de aquel otro que postula el respeto al orden público, de fuente legal en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil de 1984, con la única diferencia de que este último numeral alude a las leyes que interesan no sólo al orden público sino también a las buenas costumbres.[1001]

Sin embargo, constitucionalmente, con uno u otro piso ético o normativo, se considera el *fin lícito*, que es justamente la materia sobre la cual la doctrina nacional no se pone de acuerdo en lo que respecta a su contenido, como lo veremos enseguida.

4. CAUSA, JURISPRUDENCIA Y CÓDIGO CIVIL

Como existe muy poca jurisprudencia con respecto a este superfluo elemento, veremos brevemente cómo es que en el Perú, el operador jurisdiccional ha confundido la naturaleza de la causa con otras instituciones y elementos del acto jurídico, con lo cual demostraremos que la causa no es un elemento autónomo ni independiente y que, para fenomenizarse en la realidad socil, requiere la colaboración de múltiples elementos.

1001 Para mayor elucidación del tema sobre el orden público y las buenas costumbres, así como las contradicciones en que incurre la legislación peruana, consúltese el capítulo destinado al estudio del *objeto* en este mismo trabajo.

El profesor peruano Jesús Vega, refiere en su libro "EI Acto Jurídico en las Instituciones del Derecho Civil"[1002], los siguientes casos:

a) Derecho de Personas

Refiere los casos de actos de disposición del propio cuerpo sin fines altruistas y conforme al orden público y a las buenas costumbres (6,8)[1003]; de otro lado, el convenio relativo al nombre de cada persona natural es nulo, salvo fines de interés social, publicitario y los que establece la ley (27).[1004]

Básicamente entran en juego instituciones importantes como el objeto del acto jurídico en su ancha significación (como lo vimos en el capítulo correspondiente al objeto del acto jurídico), mas los criterios de valoración a través del control del orden público y las buenas costumbres. No olvidemos, conforme lo estudiamos en el capítulo destinado a la Edad Media, que el contralor del orden público y la moral social son obligaciones naturales de los tribunales, es decir, constituye un desempeño espontáneo de su natural vocación, sin necesidad de referirse a la causa ni a ninguna teoría.

1002 VEGA VEGA. 1998, p. 21.

1003 **Artículo 6:** "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios."
Artículo 8: "Es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana. La disposición favorece sólo a la persona desligada como beneficiaria o a instituciones científicas, docentes, hospitalarias o bancos de órganos o tejidos que no persigan fines de lucro."

1004 **Artículo 27**: "Es nulo el convenio relativo al nombre de una persona natural, salvo para fines pubilcitarios, de interés social y los que eslablece la ley."

b) Personas Jurídicas

Los fines de la asociación deben ser no lucrativos y de acuerdo al orden público y a las buenas costumbres (V, 80, 82.2, 96)[1005]; los fines de la fundación son de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social y se expresan en el acto constitutivo. Compete al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones impugnar los actos contrarios a la ley o al acto constitutivo y sus fines (V, 99, 101, 104.9)[1006]; los fines del comité deben ser altruistas y en consecuencia con el orden público y a las buenas costumbres (V, 111. 113.2, 120.)[1007]

De esta manera, podemos apreciar que dentro del acta de constitución de las personas jurídicas aludidas (asociación, fundación, comité), deben constar los fines de cada tipo de organización. Pero no se piense que se trata de cualquier fin, sino de aquellos que estén contemplados por la norma jurídica, así por ejemplo, una asociación no podrá tener otro fin que sea no lucrativo; una fundación tendrá

1005 **Artículo V del T.P. del C.C.:** "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".
Artículo 80: "La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo."
Artículo 82: "El estatuto de la asociación debe expresar: 2º Los fines."
Artículo 96: "El Ministerio Público puede solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actiividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres."

1006 **Artículo 99**: "La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de **objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural y otros de interés social**."
Artículo 101: "El acto constitutivo de la fundación debe expresar necesariamente su finalidad y el bien o bienes que se afectan..."
Artículo 104: "El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones ejerce las siguientes funciones básicas: 9º Impugnar Judicialmente los acuerdos de los administradores que sean contrarios a ley o al acto constitutivo."

1007 **Artículo 111**: "El comité es la organización de personas naturales o jurídicas o de ambas, dedicada a la recaudación pública de aportes destinados a una **finalidad altruista**..."
Artículo 113: "El estatuto del comité debe expresar 2º **La finalidad altruista propuesta"**.
Artículo 120: "Es de aplicación al comité lo dispuesto en el artículo 96."

por fin un objetivo cultural, religioso, etc.; un comité poseerá un fin concomitante a una finalidad altruista. Es decir, la ley ya ha proporcionado el marco adecuado para que, dentro de él y no fuera o sobre él, puedan desenvolverse estas organizaciones.

Además, la orientación moderna de las personas jurídicas, recogida por nuestro Código en esta materia, es aquella que ve a las personas jurídicas como organizaciones de personas, que desarrollan una actividad orientada a fines, y que el velo jurídico o técnico es la ficción de la *persona jurídica*; pero repárese que la persona jurídica es más que este velo que hay que descorrer para atisbar al grupo humano que se orienta en función a los fines. Estos objetivos distan mucho de aquellos *fines ilícitos* que impone el acto jurídico a los convenios particulares, porque los fines de las persona jurídicas son aquellos impuestos por la propia naturaleza jurídica de estas organizaciones pergeñadas por la ley.

De esta manera, *ad examplum*, si un comité tiene un fin no altruista, entonces no podrá ser comité; si una fundación o un comité tienen fines lucrativos entonces serán otra cosa y no fundaciones o comités. Entonces, será la propia naturaleza jurídica de estas instituciones, los propios fines que deben desenvolverse dentro de los parámetros legales, objetivos que son controlados por la valoración del orden público y las buenas costumbres, dentro de una determinada organización que constituye un grupo societal encaminado a determinada actividad.

De esta suerte, la alusión a los fines no comparte ninguna identidad con los fines del acto jurídico, sino que constituyen objetivos impuestos por la propia naturaleza jurídica de este tipo de instituciones.

c) Acto Jurídico

El error en el motivo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante (205).[1008] Huelga manifestar la confusión existente del legislador peruano, por cuanto la identificación del fin con el motivo[1009], hace que este elemento estructural del acto jurídico, no produzca la nulidad del negocio (consecuencia natural, por tratarse de un elemento esencial), sino que provoque la anulabilidad por error en el motivo, según el artículo 221.2[1010], con lo cual dejaría de ser un elemento esencial, pasando a constituir un vicio del consentimiento.

Esto demuestra también que la causa no resuelve problemas prácticos, como sí lo hacen otras instituciones como el error en el motivo, razón por la cual la teoría causal resulta superflua.[1011]

d) Derecho de Propiedad

Las restricciones a la propiedad establecidas por ley de necesidad y utilidad pública o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico (925).[1012]

1008 Artículo 205: "El error en el motivo sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte."

1009 Por su parte, Lizardo Taboada -en sus propuestas de enmienda del C.C.- dice: "Artículo 2°: El error es esencial: 5). Cuando recae sobre el motivo expresamente manitestado como razón determinante de la celebración del acto y es aceptado por la otra parte" (error sobre el motivo determinante o **falsa causa**). Cfr. TABOADA, 1995a, p. 297.

1010 **Artículo 221**: El acto jurídico es anulable: 2° Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.

1011 Para un mayor estudio de la concomitancia del error en el motivo con la causa falsa, invitamos a nuestro paciente lector remitir su mirilla al capítulo destinado al estudio del error.

1012 **Artículo 925**: "Las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico."

Nos encontramos ante un caso en el cual la norma imperativa niega toda posibilidad de modificar o cambiar una afectación a la propiedad privada, con lo cual la teoría de la causa no tiene nada que ver frente a este accionar del *ius imperium.* Asimismo, las valoraciones como la *necesidad o utilidad pública* no tienen concomitancia con la teoría de la causa, porque responden a criterios político-sociales en la medida que se orientan a buscar el bien común público en determinado espacio-tiempo histórico.

e) Testamentos

Es nulo el nuevo testamento otorgado expresando como causa la muerte de un heredero instituido en testamento anterior, si tal razón es falsa (810).[1013]

Estas situaciones ya han sido revisadas anteriormente en los casos atinentes al *error in personam*, como lo hemos visto oblongadamente en el capítulo pertinente al error.

f) Compraventa A Prueba

Es condición suspensiva de la validez del contrato, que el bien sea idóneo para su finalidad, si tal finalidad no está manifestada, la ley presume el destino normal (1572, 1486).[1014]

Con ello no se hace sino confirmar la tesis inicial en el sentido de que la causa carece de autonomía y requiere de otros elementos para su contexturización. Por ejemplo, en el primer caso, tenemos

1013 **Artículo 810**: "Cuando un testamento ha sido otorgado expresando como causa la muerte del heredero instituido en uno anterior, valdrá éste y se tendrá por no otorgado aquél, si resulta falsa la noticia de la muerte."

1014 **Artículo 1572**: "La compraventa a prueba se considera hecha bajo la condición suspensiva de que el bien tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a que está destinado..."
Artículo 1486: "Si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar."

una situación enmarcada por la condición suspensiva, siendo inútil toda referencia a la teoría de la causa. Asimismo, en la segunda situación vemos cómo la indicación expresa o tácita de esa finalidad, a modo de condición, por cierto, puede alterar el curso normal de la operación signada por las circunstancias del tiempo y lugar.

En resumen, la teoría de la causa, vía fin lícito, no responde a la creación de un elemento que de por sí pueda prodigar un utiliaje valioso del cual puedan desprenderse mecanismos que colaboren en la obtención de resultados prácticos considerables. Antes, al contrario, lo que tenemos en mira no es sino un elemento superfluo, fácilmente desplazable, abstracto y postizo, cuyos presuntos resultados prácticos pueden alcanzarse asaz, echando mano de múltiples elementos con mayor raigambre y efectividad.

5. LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

Podemos leer una sentencia en este sentido[1015]: Exp. 216-92 (Lima): "Para exigir el cumplimiento de una obligación debe realizarse la contraprestación debida, y siendo ello así, la retención del saldo del precio no resulta viable, pues no se compatibiliza con la exigencia del otorgamiento de la escritura que se acciona, la misma que debe otorgarse previa cancelación actualizada del saldo del precio debido."

Obviamente el precepto legal lo encontramos en el artículo 1426[1016], bajo el cual se han dado otras sentencias que pasamos a examinar:

1015 Cfr. "Gaceta Jurídica", T. 31, Lima, Junio de 1996, p. 4-A.

1016 **Artículo 1426**: "En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento."

> "En el contrato con prestaciones recíprocas no puede una de las partes demandar su cumplimiento si ella no ha cumplido con las obligaciones que le conciernen" (Exp. 773-94-Lima, Gaceta Jurídica Nº 33, p. 7-A).

"Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas, razón por la que el demandado sólo se encontró obligado a pagar el saldo al momento de la firma de la escritura que debió tener lugar en el plazo señalado. Sin embargo, la aceptación de un monto determinado de dinero antes de cumplir lo pactado otorga el derecho de suspender el cumplimiento de la prestación hasta que ésta sea satifecha." (Exp. 1167-93, Ledesma Narváez, Marianella. Ejecutorias Supremas Civiles, 1993-1996, p. 343).

"En los contratos con prestaciones recíprocas, éstas deben cumplirse simultáneamente y consecuentemente cada parte tiene derecho de suspender el curnplimiento de la prestación a su cargo, hasta que satisfaga la contraprestación o se garantice su curnplimiento." (Exp. 364-96-Lima, Hinostroza Minguez, Alberto. Jurisprudencia Civil, Tomo 1, p. 223).

"En los contratos bilaterales no puede una de las partes demandar su cumplimiento, si ella no ha cumplido con las obligaciones que le conciernen." (Exp. 2304-87-Lima, Ejecutoria Suprema del 8/01/88, SPIJ.)[1017]

De esta manera el emplazado en un proceso judicial, hace uso de este derecho, para obligar al peticionante a cumplir con la obligación que le respecta. El conflicto surge, según lo expresa Romero Zavala, inesperadamente y sin justificación alguna, cuando uno de los contratantes arbitrariamente y sin cumplir con su prestación, se permite demandar al otro el cumplimiento de lo que le corresponde.

1017 Cfr. "Código Civil", Gaceta Jurídica editores, Lima, pp. 416-417.

"Siendo acuerdo el cumplimiento simultáneo, dicho contratante pretende que lo haga unilateralmente el emplazado."[1018]

En Roma, se consideraba injusto que una de las partes exigiera el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la otra parte, sin que hubiese cumplido por su parte las obligaciones que el contrato ha previsto a su cargo. De esta suerte, la parte a quien se demandaba el cumplimiento del contrato, podría hacer rechazar la demanda por medio de una excepción de dolo (*exceptio doli*), a la cual los comentadores le dieron el nombre de *exceptio inadimpleti contractus*[1019]. Y como recordaremos del estudio de la causa en la historia, vimos cómo fue que la valoración constituyó un instrumento poderoso para imponer la prevalencia de la justicia, el orden y la paz, de acuerdo a las circunstancias sociales del espacio-tiempo histórico en cuestión. Es así que esta excepción no responde a ninguna teoría de la causa, sino al principio de la interdependencia de las obligaciones, que nació y se desenvolvió al margen de toda consideración causal.

Ahora bien, no se crea que la excepción de incumplimiento constituye una excepción *strictu sensu*, sino que constituye un medio de defensa que opera en el momento que se formula la reconvención, ya que no constituye típicamente una excepción procesal (no opera *ope excetionis.)*[1020]

6. CLAUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

A este respecto, Romero Zavala[1021] refiere que los contratos se reputan concluidos bajo la condición tácita de que las circunstancias existentes al tiempo de la contratación no serán alteradas ni sufrirán

1018 ROMERO ZAVALA, 1999, pp. 11-13.
1019 ROMERO ZAVALA, 1999, pp. 18-19.
1020 Ejecutoria Suprema, Lima, 15 de Julio de 1988, en "Gaceta Jurídica", T. IV. Lima. 1994.
1021 ROMERO ZAVALA, 1999, pp. 32-33.

una transformación o modificación sustancial que haga onerosa la ejecución para uno de los contratantes, en cuyo caso, la parte perjudicada puede pedir al juez la revisión del contrato para retornar a la equivalencia de las prestaciones. Estamos frente a la teoría de la imprevisión[1022] que se aplica a los contratos de tracto sucesivo o ejecución continuada o "contratos de duración".

El objetivo es restablecer el equilibrio desaparecido, correspondiendo a los jueces establecer mandatos que hagan posible una vuelta a la equidad perdida. De ahí que la parte afectada pide la resolución del contrato o la reducción de su prestación (como está hecho así debe estar; así como ha estado, debe seguir estando).

7. IMPOSIBILIDAD DE PAGO

Existen algunos autores[1023] que consideran que el tema de la imposibilidad de pago fortuito, contenido en el artículo 1316, 2ª parte[1024], constituye un capítulo más de la teoría de la frustración del fin, subsumido dentro de la causa final.

De esta manera, podemos comprobar los deseseperados intentos de la doctrina por tratar de vincular una moribunda teoría

1022 También se la conoce como error en la valoración de la ejecución contractual, falta de equivalencia de las prestaciones, riesgo imprevisible, etc.

1023 Cfr. BUERES, 1995, p. 310.

1024 **Artículo 1316**: "La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que el deudor, de acuerdo al título de la obligación, o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.
También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justiticado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere."

de la causa que está destinada al fracaso, con cualquier institución que tenga que ver con principios como la interdependencia de las prestaciones, el pacto comisorio, las condictiones, etc., ignorando que tales instituciones nacen como fruto de la valoración social en armonía con su realidad y sus problemas, y no como consecuencia de una sedicente teoría de la causa. Esto lo pudimos constatar al estudiar la causa en el transcurso de la historia.

8. CONTRATOS CAUSALES Y ABSTRACTOS

Pese a que en los capítulos antecedentes hemos tocado este importante tema, veremos ahora cómo se incardina este tipo de contratos dentro de la doctrina y legislación peruana. Por su parte, Montoya Manfredi[1025] piensa que los contratos causales están vinculados a la causa que les dio origen, como las acciones de sociedades anónimas (derivan del contrato de sociedad) o conocimiento de embarque (resulta del contrato de transporte marítimo); mientras que los contratos abstractos, no revelan vinculación con su causa generatriz, aparecen independizados de la relación jurídica a la que deben su nacimiento, o en virtud de la cual se negocian.

De esta manera, los títulos valores se emiten y se transmiten obedeciendo a una causa generatriz, causa fuente, que, aunque no se revele, permanece en forma subyacente. Es decir, los contratos abstractos tienen una causa genética, fontanal, pero ésta se abstrae para dar andamiento a esta clase de títulos en virtud de la celeridad comercial. De esta forma, la circulación de los títulos valores se facilita por contener derechos abstractos. De allí que no exista ninguna teoría de la causa en rededor, sino que la alusión a la causa es referida a la fuente genética de donde derivan los derechos, y no

1025 MONTOYA MANFREDI, 1988, pp. 180-183 y 196.

a la causa final que ha generado tantos quebraderos de cabeza a lo largo de la historia jurídica.

9. TENDENCIAS DOCTRINARIAS EN EL ACTUAL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Observaremos brevemente cómo es que los diversos autores nacionales no se ponen de acuerdo sobre este elemental tema del *fin lícito*, contando cada uno con su personal interpretación de la realidad.

9.1. Posturas de la causa clásica

Aunque parece mentira, tenemos aún algunos autores que creen que la causa jurídica en el Perú, pasa por considerar los planteamientos de la teoría clásica, así veamos:

a) Carlos Ferdinand Cuadros Villena (1997)

Este autor, Cuadros Villena (1997) piensa que el *fin ilícito* de que habla el Código Civil es el propósito de la manifestación de voluntad de producir efectos jurídicos (crear, regular, modificar, transformar o extinguir derechos) (p. 42), y por lo cual se ha confundido el fin del acto jurídico con su objeto, ya que remite la atención a los artículos 1407 (obligación como objeto del contrato), 1409 (prestación materia de la obligación creada por el contrato), 1410 (obligación creada por el contrato), 1402 (objeto del contrato: crear, modificar o extinguir obligaciones o derechos), 1403 (obligación y prestación como objeto del contrato.) (p. 44).

Sin embargo, distingue el objeto del acto jurídico del fin. Así, el objeto estará constituido por los bienes, intereses, ventajas o provechos que se ha de obtener de la celebración del acto; en cambio el fin constituye el propósito de alterar la fenomenología jurídica,

creando, regulando, modificando, transformando o extinguiendo un derecho. (p. 43).

Asimismo, cree que el fin no es lo mismo que la causa, ya que esta última está constituida por el motivo de la celebración del acto jurídico que no es conocido sino por cada parte y no tiene importancia porque queda en el ambito psicológico del sujeto sin adquirir consistencia jurídica. Ahora bien, si estas causas del acto jurídico se expresan, entonces el acto será causado, si no se expresan, sera abstracto. Asimismo, Cuadros Villena (1997) manifiesta:

> La causa del contrato es pues el motivo que tuvo la parte para celebrarlo... Cuando la causa es manifiesta, es decir declarada, el acto se denomina 'causado'; cuando no se declara y se mantiene en el fuero interno de la parte, el acto se denomina abstracto. (p. 59).

Finalmente, manifiesta concluyentemente "consideramos que nuestro Código está entre los anticausalistas, debido a que no señala como requisito del acto jurídico la causa." (p. 59). A este respecto creemos que, no por soslayar la causa (que la identifica con los motivos), y enfocar la sindéresis sólo al fin (que se confunde con el objeto del acto jurídico, observando en los efectos del mismo), vamos a aceptar su tesis de que el Código es anticausalista, ya que el mismo autor, sin darse cuenta, tiene una posición que linda con el concepto clásico de causa, aunque no se emplee explícitamente este termino.

b) José León Barandiarán (1991)

Este ilustre jurista piensa, comentando el Código de 1936 que no lo postula anticausalista, que la causa no se aplica a los actos extrapatrimoniales como el matrimonio o el reconocimiento de hijos; ya que sólo se ajusta a aquellos con significación patrimonial (onerosos o gratuitos.) (LEON BARANDIARÁN, 1991, p. 63).

Sin embargo, manifestó que la causa en los actos gratuitos se confunde con los motivos, ya que la voluntad o deseo o intención de liberalidad, o *animus donandi*, no se expresa sino el motivo, hecho sicológico, impulsivo que decide al autor de la liberalidad "y es que la causa -esto no debe olvidarse- es una construcción técnica; puede así en unos casos ser separada del motivo, en otros no."[1026]

De ahí que, la causa viene a ser un ente técnico que sólo reposa en los actos patrimoniales de caracter oneroso, excluyendo a los negocios extrapatrimoniales y a los gratuitos que no tendrían, por ende, causa.

De esta manera, su concepto es que "la causa explica racionalmente la razón determinante y la finalidad social de la obligación. La causa es diferente del motivo, hecho psicológico, subjetivo, impulsivo, con existencia material, fenoménica; la causa es una simple consideración racional, es un concepto, es una construcción técnica, como dato espiritual que sirve especialmente para estimar el principio de utilidad social de la obligación." (pp. 63-64) Con ello, la causa nunca sería ilícita, porque la causa como dato técnico está recogido siempre por la ley, entonces nunca se tendría un acto contrario a él.

Sin embargo, este jurista peruano considera que la utilidad de la idea de causa, se presenta precisamente en relación a la ilicitud de ella más que en relación a la falsedad o ausencia de la misma, puesto que los casos de ausencia o falsedad de la causa en los negocios onerosos pueden resolverse mediante otros medios, así León Barandiarán (1991) nos dice al referirse a los actos onerosos:

> Pero aún en estos, puede prescindirse del expediente de la causa, pues el que la obligación respectiva no sea exigible,

1026 LEON BARANDIARÁN, 1991, pp. 63-64.

> se puede conseguir por otros medios legales: error en el consentimiento, simulación, falta de un elemento natural en el respectivo *negotium juris*; excepción de *non adimpleti contractus*, las condictiones, etc. Es, tratándose de la licitud o ilicitud, que la causa es un elemento de consideración útil. (p. 65)

De esta manera, la causa sólo sera un requisito técnico que valga para los actos onerosos, pero que no resuelve los problemas de ausencia de causa o falsa causa, sino los de licitud o ilicitud de ella. Sin embargo, el propio autor niega que esto pueda ser cierto, cuando manifiesta: En puridad es impropio hablar de licitud o ilicitud de causa. Se puede hablar de licitud o ilicitud del objeto (en lo que en verdad hay también gran impropiedad), del motivo convencional. Aquí estamos dentro de datos susceptibles de ser calificados como lícitos o ilícitos; es decir, a los que les son atribuíbles un juicio de valor mayorativo o peyorativo. Esta atribución referida a la causa sería inocua, impertinente, porque en sí ella como dato abstracto, estructural del acto, no es susceptible de ser enjuiciada como lícita o ilícita. Lo que propiamente puede ser objeto de tales juicios de valor, es la acción humana. Hablar de licitud o ilicitud de la causa, es como decir que la suma de tres ángulos que dan dos rectos, es algo piadoso o impío, o que la ley de gravedad es bella o fea. (p.69).

De esta forma, la causa no tendrá ninguna utilidad práctica, y la única razón de su existencia es la de ser la razón fundante de un acto jurídico, razón que la saca de las canteras del causalismo clásico: "la concepción de la causa que Domat expuso con prístina diafanidad, la que los pandectistas desarrollaron con severa logicidad, es la que sirve verdaderamente para justificar la transmisión patrimonial dentro del acto jurídico." (p. 66). Con lo cual, la causa se convierte en la causa de la atribución patrimonial, sin ninguna utilidad para casos

como licitud o ilicitud de la causa, con un carácter eminentemente tipificador: "la causa del acto jurídico es esa su causa formal y su causa final, esa entelequia del mismo que lo tipifica, que le atribuye carácter constitutivo." (pp. 66-67).

Es por ello que la causa no puede dar origen a nulidad del acto jurídico por ilicitud, manifestando que: Pero si la causa es lo que no puede dejar de ser, entendida como elemento estructural del acto patrimonial, entonces no cabe interpretación personal. El legislador no puede negar su existencia, como no podría negar el físico una propiedad de los cuerpos, o el matemático una ley de los números. Los seres ideales no son únicamente porque nosotros, el hombre, mediante un juicio existencial le confiamos existencia. Si los descubrimos y los describimos. Como se trata de algo que es por sí, ellos no dependen de la contingencia fáctica de que nuestro pensamiento les atribuya validez entitativa. La causa, así viene a ser una noción irrecusable. (p. 70).

Pero esta noción irrecusable sólo sirve para tipificar aquellos negocios onerosos, mas no para los gratuitos ni para los extrapatrimoniales, sólo sirve para ordenar la atribución patrimonial de determinados actos, mas no para demostrar su licitud o ilicitud, ni su ausencia o falsedad. Es decir, nos topamos con una concepción clásica de la causa, sin embargo, es una postura recortada de la auténtica doctrina clásica (falsa e inútil *per se*), una orientación que ni siquiera sirve para los efectos prácticos que los códigos causalistas le atribuyen, recuérdese la trilogía: casos de ausencia, falsedad o ilicitud de la causa.

En realidad, si analizamos con detenimiento su postura con respecto a la causa, podremos colegir que su posición es inteligente y moderna, por cuanto el mismo llega a la conclusión de que la causa es en realidad un elemento suplantable, sin ninguna utilidad práctica,

hecha para enredar más que para solucionar problemas prácticos, y que es sólo una entidad racional y abstracta sin ningún beneficio social. Es decir, el jurista peruano, se dio cuenta de que la causa es un elemento superfluo y super-erogatorio, bien hecho para complicar las cosas más que para solucionar problemas.

c) Felipe Osterling Parodi (1994)

La vocación por la causa clásica de este autor se ve resumida en un pasaje de la obra de Osterling (1994):

> La noción causa *del contrato* es de más amplio contenido. En una convención no deben disociarse causas distintas para cada una de las partes, sino referir la causa subjetiva a la producción del resultado objetivo del contrato considerado en su integridad, y así tendremos que en la venta, por ejemplo, la causa será la voluntad de realizar el intercambio de valores que la operación significa. El deseo del comprador de adquirir la cosa y del vendedor de percibir el precio, son dos bienes particulares buscados aisladamente, y deben ser absorbidos en uno más amplio que sea común ambas partes: el de proceder al cambio. Tal es, en definitiva la causa del contrato. (p. 168).

Y luego posteriormente manifesta, en idéntico sentido, que la causa de la obligación es la razón por la cual asume su obligación el contratante; es abstracta, desligada de la personalidad del contratante, idéntica para cada categoría de contratos (estima que es diferente a la causa del contrato que es la razón, finalidad o móvil que determina a cada uno de los contratantes a concluirlo). Por ejemplo, en el contrato de prestaciones recíprocas, la causa de la obligación de cada una de las partes es el compromiso asumido por la otra parte; en los contratos reales (categoría suprimida por

el Código Civil de 1984), la causa de la obligación es la entrega de la cosa; en los contratos a título gratuito, la causa de la obligación es la intención de liberalidad, distinta de los móviles que han impulsado a aquél que practicó dicho acto. Do modo tal que la causa legal o final, surge precisamente porque la ley así lo ordena. (pp.179-181).

De esta manera podemos observar que la noción de causa de la obligación, causa legal o final, es la misma que la causa clásica; mientras que con respecto a la causa del contrato, en una primera instancia la asume como la consideración del contenido del mismo en su integridad (así, en la venta será el intercambio de valores), mientras que en otro acápite menciona que la causa del contrato es la causa ocasional, o motivo determinante del acto jurídico, es decir, la razón que decide a cada parte a contratar, razón personal, ordinariamente reservada y particularmente variable. Es lo que se llama "error en el motivo" del artículo 205 del Código Civil, ya visto *ut antea*.

De forma tal, que la opinión de Osterling es la de aceptar una noción de causa de la obligación que comparte los postulados de la doctrina clásica de la causa, con la atingencia de que -cuando habla en primer lugar de causa del contrato como contenido del mismo- se debe asumir el aspecto subjetivo subsumido dentro de la órbita objetiva que es la prodigada por el sistema legal. De esta forma, esta orientación subjetiva de la causa se reconduce al espectro objetivo de la causa que responde al juego de las contraprestaciones, o del objeto y hasta del consentimiento, es decir, de la falsa e inutil teoría clásica de la causa.

d) Juan Guillermo Lohmann Luca De Tena (1997)

Este autor, después de rechazar la imputación que le hace Torres Vásquez, de participar en las teorías subjetivas[1027], aclara que

1027 LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 84.

la finalidad enunciada por el Código no alude a los motivos "por lo tanto, la función o utilidad social de la causa objetiva, como fin jurídico es valorar conforme al interés colectivo la finalidad 'causa subjetiva' que se han propuesto las artes y para la cual se solicita protección jurídica. Visto así, en nuestra opinión, la finalidad que enuncia el artículo 140 es el propósito buscado y determinante para la conclusión del negocio." (LOHMANN LUCA DE TENA, 1997, p. 96).

De esta forma, rechaza cualquier alusión de la causa móvil común y determinante con la referencia del Código al *fin ilícito*. Es así que, para este jurista Lohmann (1997) la causa desde una perspectiva objetiva, no es más que la función o utilidad social del negocio, mientras que "desde un correcto punto de vista, la causa subjetiva, o finalidad común y compartida por las partes en un determinado negocio, siempre habrá de coincidir con una causa objetiva o legal con determinadas consecuencias de Derecho. Es decir, que la finalidad de los intereses que las partes regulan al obligarse, encuentre su cauce y marco adecuado en una causa legal que la recoge y la regula" (p. 95), con lo cual si la causa subjetiva siempre ha de coincidir con la causa legal y objetiva, entonces ambos aspectos aparecen refundidos en el esquema normativo, en el tipo legal establecido, con lo cual bástenos refererirnos sólo a esa función o utilidad social para comprender que se trata de la causa, porque las partes siempre han de querer lo tipificado y no otra cosa. Es por esta razón que a este autor lo ubicamos dentro de estos trebejos clasificatorios.

Sin embargo, este profesor peruano, pese a que no identifica *motivos* con *fin lícito*, manifiesta que éstos pueden tener relevancia dentro de la estructura negocial en algunos casos, asi Lohman (1997) adiverte *ad literam:*

> Los motivos particulars, salvo que se eleven a razón determinante y declarada de la voluntad, carecen de

> importancia porque no afectan a los efectos jurídicos del negocio, ni son la razón esencial del negocio; una compraventa seguirá siendo una compra-venta independientemente de los motivos de las partes, que son razones particulares. La causa objetiva o subjetiva, entendida como razón del negocio, no puede ser confundida con el motivo. (, p. 97).

De esta manera, su concepción aparece enteramente clarificada, y no será subjetiva como creía Torres Vásquez, sino objetiva, pese a que el mismo Lohmann (1997) introduzca elementos subjetivos, que los reduce a parámetros objetivos. Ahora bien, esta asunción objetiva es rayante con la noción clásica de causa cuando se dice: "que la causa es la razón determinante que se manifiesta objetivamente en el negocio... La causa objetiva acompaña a cada negocio en forma invariable según su especie. Por eso, en el caso de la compra-venta de una casa, la causa desde el punto de vista del vendedor será siempre la de recibir el precio del bien, contra la entrega del mismo por su parte." (p. 97). Con lo cual, su postura objetiva aparece más clara en lo concerniente al contenido de ésta, y su ubicación taxonómica.

e) Otros Autores

Aunque no aparece con claridad la filiación doctrinaria de muchos otros autores, se puede colegir paladinamente que se trata de una concepción de caracter objetivo-legal muy aproximada a la concepción clásica de la causa. Así, Teófilo Idrogo[1028] piensa que el fin lícito es el objeto o motivo del acto jurídico que no se opone al orden público y las buenas costumbres; en tal sentido los sujetos de derecho gozan de libertad para practicar actos jurídicos de acuerdo a su contenido, por ejemplo: el acto jurídico del matrimonio

1028 IDROGO DELGADO, 1993, pp. 30-31.

produce entre los cónyuges los efectos de filiación, patria potestad, etc., sin que los contrayentes puedan modificar los efectos de cada institución por haber expresado libremente su consentimiento al celebrarlo. Además, todo acto jurídico tiene un fin, aunque las partes que lo celebran no adopten las previsiones, en cuyo caso las normas contenidas en nuestro Código Civil se aplicarán supletoriamente, por ejemplo, en ninguna de las cláusulas del acto jurídico de compraventa se ha indicado que se la elevará a escritura pública, sin embargo, la finalidad es ésta, en aplicación de los artículos 1412 y 1549.[1029]

De esta forma, el autor bajo comentario considera que, de lo estipulado por la ley, los efectos jurídicos de un contrato constituyen el propósito buscado por las partes en una operación, y que si no los han expresado, corresponde a la norma actuar supletoriamente frente de la voluntad, acotando el caso de la elevación a escritura pública de un documento de transferencia de propiedad, sin reparar que tal situación se da cuando, como lo dice el mismo numeral 1412, existe acuerdo previo de las partes que motiva la compulsión de la parte interesada.

9.2. Posturas anticausalistas

Bajo esta denominación podríamos incluir a aquellos autores que tienen una noción con respecto a la causa, pero que, sin embargo, ellos mismos califican el concepto de causa como obsoleto, deslucido o apocado.

1029 **Artículo 1412: "**Si por mandato de la ley o por convenio deba otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escritura bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente."
Artículo 1549: "Es obllgación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien."

a) Carlos Ferdinand Cuadros Villena

Este autor, pese a que lo hemos ubicado dentro de aquellos que tienen una posición clásica, manifestó lo siguiente: "consideramos que nuestro Código está entre los anticausalistas, debido a que no señala como requisito del acto jurídico la causa"[1030], con lo cual podríamos pensar que su postura es anticausalista, sin embargo, del estudio preliminar de su teoría, concluimos que tiene una idea clásica de la causa, aunque él mismo no esté conciente de ello. Y es que, muchas veces, las cosas son lo que son, y no lo que las personas digan o piensen que son.

En sentido contrario se expresa Taramona, quien piensa que no porque haya desaparecido la causa como elemento del acto jurídico, y por lo tanto del contrato, equivale a decir que sea anticausalista, "ya que la causa siempre estará presente en todo negocio jurídico aun cuando no sea indispensable probar su existencia o considerar su trascendencia."[1031] Con lo cual queda evidenciado que la teoría de la causa está cabalgando el acto jurídico, aunque con un *nomen juris* que a algunos maree y confunda.

b) Luis Romero Zavala[1032]

Este autor Romero Zavala (1999) considera que la causa gozó de gran importancia en el derecho clásico, pero que actualmente ha perdido trascendencia. Al respecto manifiesta *ad literam:* "Respecto a la causa, de gran importancia en el derecho clásico, actualmente ha perdido trascendencia..." y más adelante cuando se refiere a la incorporación que De la Puente y Lavalle hace de la causa como uno de los elementos esenciales *comunes* para la existencia del negocio jurídico, replica Romero Zavala (1999):

1030 IDROGO DELGADO, 1993, p. 59.
1031 TARAMONA HERNANDEZ, 1986, p. 5.
1032 ROMERO ZAVALA, 1999, P. 91.

> Con el respeto que nos merece tan ilustrado jurista, **nosotros no estamos convencidos que la causa tenga tal jerarquía** a excepción de algunos casos, como la donación, la renta vitalicia, el enriquecimiento sin causa y además porque en la normatividad positiva de la mayoría de los contratos no se hace referencia a la causa como elemento determinante, no obstante su inclusión en la que corresponde al acto jurídico...(p. 93, el subrayado es nuestro); y luego remata contundentemente: "De lo expuesto hasta aquí, podemos ya concluir con claridad que los únicos elementos esenciales de los contratos en general, no son sino (sic) el objeto y el consentimiento. (p. 34).

Si bien es cierto que su postura reconoce una pálida influencia de la causa en la estructura de algunos contratos como la renta vitalicia, el enriquecimiento sin causa y la donación, hemos visto durante el estudio de este trabajo cómo estos dos primeros contratos cifran su basamento causal no en la causa fin jurídica, sino en la causa etiológica y fontanal; y que la causa del tercer contrato citado no es sino el mismo *animus donandi o intención de donar*, harto confundible con la voluntad o el consentimiento.

De ahí que nos sintamos tentados a rotular su postura como de anticausalista, máxime cuando expresa al final de la cita que sólo existen dos elementos esenciales comunes dentro de la estructura del negocio jurídico cuales son la voluntad y el objeto, sin considerar a la causa, sin embargo, no será un anticausalismo doctrinario porque no se puede hacer teoría sólamente negando simplistamente la presencia de un elemento sin fundamentar y motivar su aserto, ni tampoco cuando por otro lado se le reconoce cierta ingerencia en la fisonomía de algunos contratos.

9.3. Posturas neocausalistas (causa unitaria)

a) Aníbal Torres Vásquez (1992)

Este autor Torres Vásquez (1992) opina que "para la teoría unitaria, la misma que compartimos, la causa fin se integra por la finalidad objetiva y subjetiva, pues, los motivos determinantes comunes, o, al menos, conocidos o que han debido ser conocidos por los agentes del acto jurídico, estarán sujetos a control judicial para resguardar la licitud o moralidad del acto." (p. 23).

De esta forma, el mencionado autor considera que cuando los sujetos ejecutan un acto jurídico, lo hacen con la intención de alcanzar los efectos típicos y constantes de la operación, más una finalidad concreta y personal explícita en el acto. (p. 85).

Consideramos que este tratadista no toma en consideración, para la faz objetiva de la causa, una determinación clara propuesta por las teorías italianas pese a que las estudia tanto en la postura de causa-función como causa-resultado, antes al contrario, su posición parece que rescata el aspecto objetivo conectado a la causa clásica vista como esquema legal, objetivo y típico.

De otra parte, en cuanto al cariz subjetivo de la causa, es necesario referir que el autor encuentra una identidad normativa entre el error en el motivo (artículo 205)[1033] capaz de provocar la anulabilidad del negocio según el inciso 2 del artículo 221 del Código Substantivo[1034], con el artículo 140 inciso 3º del Código Civil.[1035] De esta forma, el mencionado artículo 205, recipiendario del error en el

1033 **Artículo 221**: El acto jurídico es anulable: 3º Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.

1034 **Artículo 205**: "El error en el motivo sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte."

1035 **Artículo 140:** El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 3º Fin lícito.

motivo es la expresión de la teoría clásica que no asume que la causa se confunda con el motivo, a menos que aparezca como condición o se manifieste expresamente. Tal numeral tiene como antecedente importante el artículo 1084 del Código Civil de 1936 de inspiracion anticausalista, por lo cual concluye el autor en la necesidad de suprimir el artículo 205 por inncesario, confuso y contradictorio, ya que el motivo se integra en la noción de causa fin del artículo 140 inciso 3º y artículo 219 inciso 4º.

Como corolario, podemos concluir que este autor piensa que la teoría que sigue el texto peruano es una doctrina unitaria que complementa los aspectos objetivo y subjetivo; sin embargo, resulta un poco dificultoso deteminar a qué tipo de estructura objetiva se afilia porque su perspectiva aparece un tanto borrosa, por lo cual podría su posición ser comprendida dentro de las teorías neocausalistas sin atisbar con claridad si se trata de las bilaterales (Josserand) o sincréticas (Capitant), pero lo que es seguro es que su eclecticismo arranca de estos autores, máxime cuando asume el aspecto subjetivo de la causa.

Sin embargo, su postura asume una sola noción de causa, por lo cual concordaría con Capitant y no con Josserand que postula la presencia de dos causas, más todavía cuando refirió casos en los que se examine la causa funcional y no sólo genética, con lo cual basaría poderosamente su posición en la teoría sincrética, con claros matices de la posición teórica de Josserand en lo atinente a la causa subjetiva y a la consideración objetiva de la causa clásica.

b) Fernando Vidal Ramírez (1995a)

Su postura es un tanto confusa por cuanto por un extremo manifiesta que la postura peruana se afilia a la teoría subjetiva de

Josserand[1036] (causa como motivo impulsivo y determinante), sin embargo, páginas mas adelante refiere que la causa se identifica con el contenido del negocio: "La finalidad -o 'fin ilícito'- consiste en la orientación que se da a la manifestación de voluntad para que ésta se dirija, directa y reflexivamente, a la producción de efectos jurídicos, vale decir a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Emite, pues, una identificación de la finalidad del acto jurídico con los efectos buscados mediante la manifestación de voluntad", para luego continuar diciendo que "el Código exige que la finalidad sea lícita, esto es que el motivo determinante de la celebración del acto jurídico no sea contrario a las normas de orden público ni a las buenas costumbres a fin de que los efectos producidos puedan tener amparo del ordenamiento jurídico. Así, en el caso de la compra del punzón, que es un acto jurídico bilateral, si las partes tuvieron un motivo común el acto es nulo por la ilicitud de su finalidad; y, en el matrimonio para regularizar la situación migratoria de uno de los contrayentes, el acto también será nulo si ese es (sic) el motivo común y determinante de su celebración. Y en el caso de actos unilaterales, habrá ilicitud -y con ella nulidad- como el del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, si se trata de un reconocimiento conciente de hijo ajeno, con la finalidad de adquirir derechos sucesorios, o como el reconocimiento de una obligación con la finalidad de burlar a los verdaderos u otros acreedores."[1037]

Como apreciamos, la alusión que hace a la teoría subjetiva de Josserand es incompleta porque este autor tiene una concepción que -como ya lo vimos en el capítulo destinado al estudio del neocausalismo-, pasa por considerar la causa clásica más la causa subjetiva emparentada al móvil impulsivo y determinante prodigado

1036 VIDAL RAMÍREZ, 1995a, p. 108.
1037 VIDAL RAMIREZ, 1995a., p. 112.

por la jurisprudencia. De suerte tal, que su postura no es enteramente subjetiva, sino que participa de un ingrediente objetivo, por lo cual sus ideas estarían circulando dentro del neocausalismo bilateral, sin embargo, es necesario notar que Josserand tiene dos nociones de causa, una al lado de la otra, mientras que Vidal tiene una sola noción, cosa que hace también Capitant, con lo cual la postura del autor peruano estaría subsumida dentro del neocausalismo sincrético, pero no sería enteramente tal porque Capitant asume la causa objetiva dentro de una faz funcional y no solo genética.

En resumen, este autor milita dentro del neocausalismo unitario, al igual que el profesor anterior, por cuanto no se lo puede encasillar dentro de uno u otro trebejo, ya que de Capitant recoge la idea de que la causa es un solo concepto con dos aspectos, y de Josserand saca la noción objetiva de la causa. De ahí que podamos manifestar que ambos autores, se encuentren dentro de la orientación neocausal, sin embargo, no podríamos encerrarlos dentro de un determinado casillero doctrinal por cuanto su fisonomía comparte escenario entre un neocausalismo y otro, con lo cual estarían dentro de un neocausalismo unitario.

c) Max Arias-Schreiber Pezet (1991)

Este autor refiere que la incorporación de la causa fue prevista originalmente en las disposiciones generales de los contratos, figurando en los proyectos y anteproyectos del Código Civil, pero que, no obstante ello, su sindéresis considera su tratamiento en el acto jurídico, advirtiendo que el causalismo se afiliaba a la concepción finalista y subjetiva que ve en la causa el motivo determinante para la celebración del contrato.[1038]

1038 ARIAS-SCHREIBER PEZET, 1991.

Asimismo, acepta la afirmación de Vidal Ramírez en el sentido de que su concepción se vio influida por las teorías neocausalistas de Capitant y Josserand: "Max Arias Schreiber consideró -afirma Vidal- que podría la causa ser tratada en el Acto jurídico, advirtiendo que el causalismo que propugnaba se afiliaba a la concepción finalista y subjetiva, que ve en la causa el motivo determinante para la celebración del contrato, común a las partes intervinientes. 'El causalismo que sostenemos -dijo Arias Schreiber- esyá constituido en base al motivo determinante, concreto, mediato y personal, esencialmente psicológico y subjetivo, que puede variar de contrato en contrato y se afirma básicamente en las teorías de dos prominentes juristas franceses: Capitant y Josserand. Esta corriente -concluye- denominada neo-causalista, prescinde de la distinción entre causa y motivo e incluye dentro del concepto de causa los motivos que cuentan para el Derecho."[1039]

Posteriormente Max Arias, en su misma obra, suscribe la división tripartita de Santos Cifuentes cuando habla de: a) Causa fuente o eficiente, que es el hecho generador de una obligación. b). Causa fin determinante, que es la dirección de la voluntad (propósito o intención) en la obtención de ciertos efectos jurídicos o el fin inmediato que las partes se propusieron al hacer el acto o negocio. c). Causa impulsiva o móvil, que consiste en los fines mediatos, ocasionales o que en último término indujeron a las partes a realizar ese acto o negocio, movidas por un querer individual y concreto.

De ahí que propone el siguiente ejemplo esclarecedor: "En una compraventa, por ejemplo, el contrato que hace nacer las obligaciones de comprador y vendedor es la causa fuente (acto o negocio creador de relaciones jurídicas y sus efectos); obtener el dinero es la causa fin determinante del vendedor, y, obtener la cosa en propiedad es la

1039 VIDAL RAMIREZ, 1995a., p, 111.

causa fin determinante del comprador; revenderla a mayor precio, donarla a un pariente o utilizarla hasta que se pierda o desgaste, es la causa móvil variable y concreta que impulse a comprarla." (VIDAL RAMIREZ, 1995a., p, 111).

De esta forma, su noción aparece clara, mucho más cuando él mismo señala que: "La causa fin y la causa móvil que por alguna circunstancia se incorpora al acto o negocio, deben ser sanas, no defectuosas. Estas causas, forman un elemento objetivo-subjetivo relevante del acto o negocio y son integrantes de su concepción y, por tanto, son un presupuesto necesario para su eficacia y validez. Pero si el móvil concreto, variable y subjetivo, no se incorpora al acto o negocio, sólo queda el objetivo propio del acto o sea su fin inmediato determinante como única causa relevante."

Por lo tanto, concluimos que su concepción participa de las teorías neocausalistas de Capitant y Josserand, pero con claras confusiones como ocurrió con el caso de Vidal Ramírez. Es decir, ambos autores peruanos, consideran que la causa es una sola noción con dos aspectos: objetivo y subjetivo, al igual que Capitant, pero sin embargo, el aspecto objetivo no recoge el planteamiento de Capitant (neocausalismo sincrético) de ver la causa funcional y no solo genética, reproduciendo, por cierto, la noción de causa clásica que la recoge Josserand (neocausalismo bilateral), aunque con la aclaración de que la lectura de la causa clásica de Josserand es subjetiva, y no objetiva como la de los autores nacionales.

De esta forma, teniendo en mente la clara concepción de los redactores del Código Civil Peruano, en esta materia, podemos concluir que se ha realizado un plagio de las teorías neocausalistas, pero una copia mal hecha porque se ha ignorado cuál es el fondo de la orientación de cada uno de ellos, con lo cual el resultado es que hemos creado una nueva noción de causa a partir de la mezcla de dos

neocausalismos: el bilateral (Josserand) y el sincrético (Capitant), que tienen aspectos disímiles en el cariz objetivo, mas no en el subjetivo donde se produce una coincidencia ostensible, salvo que para Josserand el aspecto subjetivo es una noción de causa independiente de la objetiva, mientras que para Capitant ambas vienen soldadas, aunque pueda faltar la noción subjetiva.

d) Javier Armaza Galdos (1993)

Este autor Armaza Galdos (1993) tiene una clara posición con respecto a la causa, es así que nos dice: "No dudamos que resulta imposible separar una (causa objetiva) de la otra (causa subjetiva) y reiteramos una vigente concepción sincrética. Es inconcebible un negocio jurídico sin la función económico social que lo sustente, función que, además, debe responder a una finalidad subjetiva de las partes (motivo causal)." (p. 151).

A este respecto, dado que la obra de Armaza Galdos (1993) está dedicada al objeto de la relación jurídica obligatoria, no ahonda más en lo referente a qué tipo de teoría objetiva alude cuando manifiesta que la causa objetiva es la función económico social, ya que hemos visto en el capítulo pertinente que existen muchas variantes y vertientes con respecto a este planteamiento; podría parecer que se afilie a la concepción objetiva de Betti como lo señala en su mismo libro (p. 111), con lo cual su pensamiento reposaría sobre las teorías hipersincréticas que unen las posiciones italianas objetivas con las subjetivas francesas para crear una nueva concepción que sigue arrastrando las taras de inutilidad y falsedad de la causa, de acuerdo a cada una de sus vertientes. Sin embargo, resulta curioso, además, comprobar algunas briznas de su teoría objetiva de la causa cuando dice:

> En la compraventa como negocio jurídico generador de obligaciones... la causa fin es, para el comprador, el bien

> perseguido, y para el vendedor, el dinero por la venta del bien", para luego dar la definición de causa final en el sentido de que es "el fin inmediato pretendido por las partes al realizar el negocio. Es la dirección de la voluntad y que corresponde a cada tipo de negocio jurídico... en el arrendamiento la causa final para el inquilino es ocupar o habitar el bien arrendado (poseerlo) y para el propietario recibir una merced conductiva determinada. (p. 150).

Como vemos en este párrafo, su postura con respecto a la causa objetiva es una noción que comparte el mismo predicamento de la teoría clásica francesa de Domat y Pothier, razón por la cual su posición sería una postura unitaria que resulta de la combiandción de la causa clásica como causa objetiva, y el motivo causal o finalidad subjetiva de las partes como causa subjetiva.

Entonces la teoría de Armaza es harto interesante. Por un lado, cree que la causa objetiva es la función económico-social (al igual que Betti), más el motivo causal o finalidad subjetiva de las partes, a modo de causa subjetiva, con lo cual su teoría sería hipersincrética (al modo de Lizardo Taboada); pero por otro lado, su noción de causa también recoge la causa clásica de Domat y Pothier como causa objetiva, más el motivo causal o finalidad subjetiva de las partes como causa subjetiva, con lo cual su teoría de la causa sería unitaria.

A este respecto de las teorías unitarias cabe acotar alguna atingencia. Josserand y Capitant abanderan las concepciones neocausalistas. En especial Josserand cree en un neocaulismo bilateral al crear dos concepciones de causa: causa clásica como causa objetiva, y causa subjetiva vista en el motivo de las partes (tal cual un siamés con dos cuerpos.) En cambio Capitant habla de un neocausalismo sincrético por cuanto la causa clásica es entendida como causa objetiva en el sinalagma funcional y no en el sinalagma

genético, (a diferencia de Armaza que cree en el sinalagma genético), más el añadido del motivo subjetivo de las partes como causa subjetiva (tal cual una hidra con dos cabezas.)

Entonces Armaza se apegaría más al neocausalismo sincrético de Capitant, al reputar la causa como una sola noción con dos elementos (objetivo como causa clásica, y subjetivo como el motivo de las partes), con la diferencia de que Armaza cree en el sinalagma genético y no en el funcional, con lo cual se apegaría a Josserand que cree en la causa clásica (sinalagma genético) como causa objetiva. Pero asimismo Armaza también se distingue de Josserand porque cree en una sola noción de causa (al igual que Capitant: una hidra con dos cabezas), y no en dos nociones de causa como cree Josserand (tal cual un siamés con dos cuerpos.)

Asimismo Armaza participaría de las nociones hipersincréticas que reputan la causa objetiva como causa económico social (Betti). Entonces, estamos frente a una postura que pone en un solo saco todas las teorías que, como lo hemos visto en capítulos anteriores, son falsas e inútiles. Véase el cuadro siguiente:

	Capitant: neocausalismo sincrético (hidra con dos cabezas)	**Josserand**: neocausalismo bilateral (siamés con dos cuerpos)	Betti
Definición	Causa clásica (singalagma funcional) como causa objetiva; y móvil determinante como causa subjetiva.	Causa clásica (genético) como causa de la obligación, y móvil determinante como causa del contrato.	Causa como función económico social

Javier Armaza Galdos (coincidencias)	Igual que Capitant, cree en una sola noción de causa (causa objetiva vista en la causa clásica) y subjetiva (vista en el motivo determinante).	Igual que Josserand, cree en el motivo determinante como causa subjetiva.	Igual que Betti, cree en la causa económico social como ingrediente de la causa objetiva.
Diferencias	Pero Armaza no comparte el singalagma funcional de Capitant, sino que cree en el sinalagma genético.)	Pero Armaza no cree en dos nociones de causa, sino en un sola.	Pero Armaza también cree en la causa clásica (sinalagma genético) y en el motivo determinante (causa subjetiva)

9.4. Posturas hipersincréticas

Como se recordará, estas teorías crean un concepto de causa bajo la plantilla o modelo prodigado por el neocausalismo sincrético de Capitant -que reputaba la causa en la figura de la causa clásica desde su faz no sólo genética sino funcional, echando mano también del aspecto subjetivo proporcionado por la valoración jurispruciencial de la motivación común elevada a la categoría de elemento fundante de la validez de la operación- con lo cual juntará dos aspectos heterogéneos pero estratégicannente aunables: el aspecto objetivo constituido por las teorías italianas de la función jurídica, socio-económica, etc., y el aspecto subjetivo conformado por la la consideración psicológica de querer alcanzar el tipo negocial, mas la causa ubjetiva de cuño francés entendida como el motivo común causalizado. Veamos sus principales cultores en el Perú:

a) Lizardo Taboada Córdoba (1996)

Este autor, Taboada (1996) en su magnífica obra intitulada "La Causa del Negocio Jurídico", considera que la teoría de la causa,

impregnada por el legislador nacional al acto jurídico (inc. 4º del art. 140 del Código Civil), es la prodigada por Vidal Ramírez en el sentido en que lo hace el neocausalismo sincrético en la persona de Capitant de reconocer un solo concepto de causa con dos aspectos: el objetivo conformado por la causa clásica (sin mencionar si se trata de la faz genética o funcional), y el subjetivo en la figura del motivo impulsivo y determinante. (pp. 144-145).

Luego pasa a explicar su posición en el sentido siguiente: "En nuestro concepto, la noción de causa en el Código Civil Peruano debe entenderse en el sentido de función socialmente digna y razonable, debidamente valorada como razón justificadora del reconocimiento jurídico del negocio.

No hay ningún impedimento de orden legal para no aceptar esta noción de causa como consagrada en el Código Civil Peruano, sobre todo si el Código al no definir la causa, deja abierta la posibilidad de una interpretación en base a la teoría que nos parezca la más adecuada.

Del mismo modo, el aspecto subjetivo necesario para calificar la licitud o no del fin, debemos construirlo desde el punto de vista neocausalista integral[1040], debidamente adaptado a las nuevas orientaciones sobre la causa, dejando de lado el causalismo clásico. En tal sentido, nuestra opinión es que la causa o fin debe entenderse con un aspecto objetivo y uno subjetivo. El aspecto subjetivo debe entenderse... como el propósito práctico dirigido al logro de la función objetiva del negocio y orientado también al logro de una finalidad concreta evidenciada en la estructura del mismo negocio jurídico."[1041]

1040 TADOADA, 1996, p. 670.

1041 Léase neocausalismo sincrético.

Será pues, en este sentido, desde el cual debemos entender cómo se postula su teoría que milita por una compaginación del sentido subjetivo de la causa que lo extrae del neocausalismo sincrético de Capitant, en el siguiente sentido Taboada (1996) expresa:

> Aspecto subjetivo de la causa que permite la incorporación de los motivos concretos y determinates de los sujetos cuando los mismos se conviertan en la base o razón exclusiva y determinante de la celebración del negocio jurídico. Esto significa que la noción de causa da cabida al concepto del propósito práctico como razón determinante de la celebración del negocio... Si los sujetos al celebrar un negocio evidencian una finalidad común, distinta de la finalidad jurídica, dicha finalidad común pasara (sic) a formar parte del negocio a traves (sic) de ser considerada como el aspecto subjetivo de la causa, en la medida que se trata de una finalidad común evidenciada a traves (sic) de la estructura negocial, a traves (sic) de alguno de los elementos, presupuestos o requisitos del mismo negocio. Por el contrario, si la finalidad es común y determinante, pero no se ha incorporado al mismo negocio, seguirá siendo un simple motivo, aunque común y como tal completamente intrascendente e irrelevante. (p. 673)

Y en lo que respecta a la noción objetiva de la causa de Taboada (1996), concluye: Nuestro concepto de causa está referido a la función socialmente digna, oportuna, razonable, seria, que responde al interés de la colaboración social y de la protección de los sujetos mismos que han celebrado el negocio jurídico, evitando el abuso de la parte más fuerte. Dignidad y oportunidad social que deberá ser apreciada en consideración al ambiente social vigente, esto es, en base a la valoración objetiva del ambiente social. (pp. 639-641).

De esta forma, Taboada (1996) piensa construir una noción de causa sobre las huellas dejadas por Vidal Ramírez, a quien considera un lúcido exponente de la teoría del neocausalismo sincrético de Capitant, de modo tal que será relativamente fácil desplazar el causalismo clásico -básicamente objetivo, pero asumido desde una perspectiva subjetiva- para asumir la teoría objetiva de cuño italiano que concibe la causa como una función socialmente razonable y digna, junto al aspecto subjetivo que asume la consideración psicológica de las partes de querer alcanzar el propósito subjetivo, más el motivo causalizado.

Con ello se intenta dar respuesta a los eventos que plantea la sociedad: desde el lado objetivo se pretende absolver el problema de causa ausente o falsa, mientras que desde el aspecto subjetivo se desea dar respuesta a los casos de causa ilícita.

De esta forma, como lo hemos visto hasta la saciedad en los capítulos precedentes, tanto la teoría subjetiva del móvil impulsivo y determinante, como las teorías italianas, resultan ser falsas e inútiles. Y tal corolario no podría ser otro al examinar un injerto que, a modo de frangollo, de parche, trata de crear un nuevo rudimento que mantenga en pie este cadáver causal. Por una parte, desde el plano objetivo, la causa se confunde con el mismo contenido negocial, y los casos de causa ausente o causa falsa no serán sino casos de ausencia de objeto o anomalías en la estructura del mismo negocio. Asimismo, no debemos confundir la función típica del negocio (que puede colaborar en la encuadración de las operaciones) y que puede participar en la función social, con ésta a modo de elemento esencial de la estructura elemental del negocio jurídico.

La misma suerte corre el plano subjetivo, por cuanto demostramos que el motivo es el motor de la voluntad, la causa genética de la ejecución, vale decir, un elemento indispensable e

insustituíble dentro de la estructura de la voluntad negocial. Basta referirse a este elemento, o a otros según el caso determinado, para darse cuenta de la superfluidad de este ingrediente causídico.

Pero con ello, no queremos negar la función social dentro de la construcción del acto jurídico, para ello invitamos al atento lector, a repasar el capítulo atinente al acto jurídico y al negocio jurídico.

De esta forma, no creamos que por hacer más combinaciones de las terorías de la causa se va a conseguir una estructura más solida. El problema de la causa es que nació como una teoría falsa e inútil, y éste será su fatal sino, su trágico destino, su penosa existencia. La teoría de la causa está condenada al fracaso.

b) Rómulo Morales Hervias (2004)

Este autor Morales Hervias (2004) plantea su teoría causalista concomitante con los planteamientos de Ferri, en el sentido de considerar a la causa desde una perspectiva funcional, así la causa no será otra cosa sino la función económico-individual, en contraposición con la función económico-social.

Morales (2004) discierne la función económico-social de la normatividad peruana y concluye que esta teoría no tiene ninguna aplicación. Así, "el 'juicio de utilidad económico-social de la causa' es un límite positivo de la causa que podría ser interpretado en el ordenamiento jurídico peruano mediante el artículo 1355[1042] del Código civil. Sin embargo, conforme al primer párrafo del artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993[1043] y al concepto de causa

1042 Artículo 1355 del Código Civil del Perú: la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones del contenido de los contratos."

1043 Primer párrafo del artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993.- La libertad para contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos

de contrato que proponemos, el 'juicio de utilidad económico-social de la causa' es inaplicable." (p. 455).

Coincidimos que el concepto de causa en el sentido de función económico-social no tiene participación como elemento en la normatividad peruana en especial, y en la normatividad civil en general. Sin embargo, ello no implica afirmar que la función social del Derecho *in totum*, vista desde una perspectiva triádica de normas, conductas y valores, vaya a estar carente o alejada del derecho. La función social del derecho es inmanente, ínsita e inseparable del derecho; pero ello no conlleva a afirmar que la causa sea la función económico-social.

Seguidamente Morales (2004) dibuja su planteamiento respaldado en la figura de Ferri:

> Concordamos con el concepto de la función económico-individual sin dejar de reconocer que este concepto ya fue originalmente esbozado por Luigi Ferri al decir que la concepción normativa del negocio jurídico implica la existencia de una voluntad normativa que se ha objetivado en mandatos jurídicos, en normas... Por tanto, la causa, para Luigi Ferri, es la finalidad de la voluntad objetiva: no finalidad de las partes o motivo, no finalidad de la ley o función típica del esquema negocial, sino finalidad de cada negocio en concreto, es decir, de la voluntad normativa, en él contenida. (p. 454).

Cuando Morales (2004) advierte entender que la causa como función económico-individual es la voluntad de las partes objetivada

---

derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previsos en el contrato o contemplados en la ley."

en la ley a modo de voluntad normativa contenida en cada negocio en concreto, entonces la causa se reduce al tipo mismo negocial, tipo que la criticada causa como función económico-social también reconoce. En otras palabras, con una u otra concepción de causa, ya sea como función económico-individual o económico-social, la causa desemboca en el tipo negocial que no es sino la *voluntas legis* o voluntad legal. De esta manera, un contrato será típico si esta especificidad o tipicidad es concretizada por la ley; atípica, si la ley no lo reconoce. (p. 455).

¿Pero cuál puede ser la utilidad de esta nueva creación de estos tratadistas? Morales (2004) cree percibir la utilidad de esta teoría en instituciones jurídicas de raigrambre como la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, la presuposición (criterio de compatibilidad entre circunstancias y cumplimiento), el contrato en fraude a la ley, y la conversión del contrato (p. 455). Sin embargo, Morales plantea ejemplos que no tienen absolutamente ninguna utilidad.

El primer ejemplo que Morales (2004) plantea en su obra reza así:

> Usemos un ejemplo para entender mejor lo explicado sobre la causa del contrato. Secundus está interesado en construir un edificio frente al Golf Los Inkas. No sólo está buscando una buena ubicación sino que sea un terreno en que las normas de zonificación del Municipio permitan la construcción de edificios de más de ocho pisos. Primus es propietario de un terreno frente al Golf Los Inkas, inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Oficina Registral de Piura. Secundus luego de analizar diferentes posibilidades considera que el inmueble de Primus es el adecuado. Antes de celebrar el contrato

> Secundus ha verificado en el Municipio correspondiente que la zonificación del terreno permite la construcción de edificios de hasta 10 pisos. Primus y Secundus celebran un contrato de compraventa en virtud del cual el primero transfiere la propiedad del terreno antes señalado por un **precio de US $800,000**. Si bien en el contrato no se indica nada al respecto **resulta claro para Primus, por diveras conversaciones sostenidas, que la zonificación del terreno es fundamental para tomar la decisión respecto al terreno a ser adquirido**. A la semana de suscribir la escritura pública, el Municipio cambia la zonificación lo que supone que en el terreno sólo se permita la construcción de casas (máximo dos pisos.) La causa del contrato de compraventa es la necesidad de adquirir un terreno para la construcción de edificios de más de ocho pisos ¿Qué puede hacer Secundus? (p. 456). (El énfasis es nuestro.)

Lo primero que Secundus debe hacer es demandar a su incompetente abogado por malpráctica legal. El ejemplo explica que hubo una escritura pública, lo que implica que debe haber existido una minuta que contenga el cuerpo del contrato firmado por Primus y Secundus. Dicha minuta o contrato debió contener una cláusula que especificara que la zonificación era fundamental para la adquisición de la propiedad por Secundus. Si dicho contrato adoleciere de tal cláusula, entonces el abogado es pasible de sanción por negligencia y está sujeto a indemnizar a Secundus por cualquier daño que tal negligencia acarrea.

En segundo lugar, Secundus también puede accionar en contra del notario público por negligente. No creo que exista ningún notario público en Piura que no haya indagado el objeto del contrato y los pormenores del mismo, toda vez que la transacción responde a un

pago de US $800,000.00. Dichos pseudo profesionales son pasibles de sanción.

En tercer lugar, el ejemplo explica que Secundus realizó la indagación correspondiente en el Municipio de Piura antes de efectuar el contrato. Si Secundus hubiese obtenido una opinión escrita de la Municipalidad con respecto a la zonificación, Secundus podría impugnar la norma de la Municipalidad que cambia la zonificación una semana después de haber formalizado el contrato.

El ejemplo es silente en cuanto a que la propiedad esté ubicada en una zona donde existan asociaciones de dueños de casa o asociaciones de condominio, en cuyo caso dichas asociaciones también tienen sus propias normas.

En cuarto lugar, Secundus puede accionar en contra de Primus por la resolución del contrato por frustración del propósito. Si las conversaciones con Primus tomaron efecto antes de la ejecución del contrato, tales conversaciones se incorporan al contrato, porque en el contrato no existe ninguna cláusula que contradiga tales conversaciones, máxime cuando "**resulta claro para Primus, por diveras conversaciones sostenidas, que la zonificación del terreno es fundamental para tomar la decisión respecto al terreno a ser adquirido"** conforme el ejemplo explica.

El artículo 1371 del Código Civil es paladino a este respecto: "La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración."

Asimismo, Secundus también podría accionar en contra de Primus por la resolución del contrato a través de la condición resolutoria. Si resulta claro para Primus que la zonificación es fundamental para el contrato, entonces tal fundamental zonificación

es una tácita e implícita condición resolutoria que puede acarrear la resolución del mismo.

Finalmente, la figura de la frustración del propósito gobierna cualquier posible acción civil de Secundus en contra de Primus. En todo caso, las cláusulas del contrato deben interpretarse sistemática e integralmente al amparo de los numerales 168-171 del Código Civil peruano.[1044]

Este ejemplo ya fue estudiado líneas arriba cuando al analizar el problema de los móviles y la causa final. Vimos un caso fallado por la Corte de Apelaciones de 1903, para entender cómo juega el rol de la causa psicológica en la estructura negocial: Para presenciar la coronación del rey Eduardo VII, se alquilaron balcones para el 26 de junio de 1902, pero el desfile se suspendió por enfermedad del rey. En este asunto, el actor demandó la devolución de 100 libras entregadas a cuenta del precio y la corte desestimó la demanda, estimando la contrademanda por el saldo del precio del canon locativo, ya que el contrato se había perfeccionado antes del evento frustratorio.

En otro caso decidido por la misma Corte se cambió de criterio por cuanto el inquilino pagó 25 de las 75 libras acordadas, **con la condición de pagar el resto a la tenencia del objeto**. Frustrada la ceremonia, el propietario del inmueble reclamó el saldo (50) mientras que el inquilino reconvino por los 25, dando lugar el juez a la contraprestación por medio del cual se devolvían las 25 libras,

1044 **Artículo 168º.- Interpretación objetiva:** El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en el y según el principio de la buena fe.
Artículo 169º.- Interpretación sistemática: Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.
Artículo 170º.- Interpretación integral: Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

decisión confirmada en apelación, porque se estimó que la realización del desfile era el fundamento del contrato.

En estos dos casos podemos comprobar cómo el móvil exteriorizado y puesto en forma de condición, asume importancia sin necesidad de referirnos a la teoría de la causa subjetiva psicológica: La realización del desfile era el móvil significante, era el móvil causalizado, que de no haber estado en la representación de las partes, la ley objetivamente no lo hubiera incorporado, a los efectos de que las partes pudieran desligarse de él.

El segundo ejemplo de Morales 92004) no es menos confuso:

> ... es el típico caso de una señora enferma que por su estado de salud y para no sufrir de ruidos molestos dejó de arrendar las habitaciones vacantes por un buen tiempo. Pero un día se decide; después de largas vacilaciones darlas a **un joven que le ha prometido tener mucho cuidado de no hacer ruidos en la noche. El joven se compromete especialmente no hacer música en la noche. Poco después se descubre que el joven arrendatario es un profesor de piano que durante el día da lecciones de piano y durante la noche estudia y se ejercita en la música mediante el piano**. ¿Cuál es la causa del contrato de arrendamiento concreto? La causa del hecho concreto es otorgar la cesión de uso de un inmueble pero **con la condición implícita que el arrendatario no haga ruidos molestos a la señora arrendadora**. Si el arrendatario hace ruidos permanenetemente en el día, la arrendadora tendrá la posibilidad de ejercitar el derecho potestativo de la resolución del contrato por cuanto la causa no se puede satisfacer. Téngase en cuenta que **no hay en estricto incumplimiento porque el arrendatario cumplió con no**

> **hacer ruidos en la noche pero la finalidad del contrato era dar en arrendamiento sin causar ruidos molestos durante todo el día**. (p. 457). (El énfasis es nuestro.)

En realidad este ejemplo es peor que el anterior. Todo el ejemplo está mal planteado. El ejemplo explica que el arrendatario "le ha prometicdo tener mucho cuidado de no hacer ruidos en la noche" y no solamente eso sino que el joven arrendatario va más allá porque "se compromete especialmente no hacer música en la noche." Es decir el arrendatario está comprometiéndose a no hacer ruidos por la noche, en general, pero muy particularmente no hacer ningún tipo de música durante la noche. Si esto es cierto, el ejemplo es inconsistente y manifiesta al final que la finalidad del contrato era dar en arrendamiento sin causa ruidos molestos durante todo el día.

Asimismo, el ejemplo es inconsistente por cuanto manifiesta que la arrendadora descubre que el arrendatario era profesor de piano que se ejercita de noche haciendo música con el piano. El ejemplo implica que la arrendadora ignoraba que el arrendatario hacía música y que lo descubre después de que el arrendatario toma la habitación. Si esto fuera cierto, entonces no se explica cómo el arrendatario promete a la arrendadora no hacer ruidos de noche, especialmente no hacer música.

De otra parte, parece increíble que la arrendadora no hubiera inquirido en la posibilidad de pago del arrendatario, ya que del ejemplo se desprende que la arrendadora acostumbraba arrendar cuartos pero que tuvo que tomarse un descanso debido a los ruidos molestos. Si la arrendadora tenía costumbre de arrendar, entonces ella debió haberle preguntado al arrendatario sobre las posilibidades de pago, toda vez que el arrendatario le promete no hacer música, con lo cual se infiere que la arrendadora pudo haber inquirido acerca

de lo que se refiere el arrendatario cuando prometió que no iba a hacer música de noche.

Entonces de lo que se trata acá es de un simple incumplimiento de contrato, y no de otra cosa. Esta condición implícita de la que habla el ejemplo es en sí una implícita condición resolutoria.

Finalmente, Morales Hervias propone que la causa función económico-individual se puede aplicar a instituciones como la lesión, y excesiva onerosidadad de la prestación, entre otras figuras. Sin embargo, Morales fracasa en sus dos intentos de aplicar su teoría a la realidad, puesto que ambos ejemplos no son sino claras demostraciones de que la causa, entendida desde cualquier perspectiva, no es sino un elemento huero de sentido, falso, ineficaz, y que ningún daño, y todo bien, se brindaría al derecho o a la comunidad jurídica si este adefesio jurídico desapareciere.

10. EL PERÚ FRENTE A LA EVOLUCIÓN DE LA CAUSA EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO

El problema de la causa y su semejanza o diferencia con la consideración de la legislación anglosajona será revisada en un acápite posterior. En este apartado corresponde analizar el desenvolvimiento de las posturas europeas con respecto a las nuevas propuestas legislativas y la progresiva desapararición de la causa del espectro negocial.

En efecto, la mayoría de estudiosos ven con alivio cómo poco a poco el adefesio causal se va diluyendo como una neblina del amanecer. Emanuela Navarreta expone:

> "El tema de la causa se enmarca actualmente en una dimensión que JUNG definiría el *Kairòs*, la espera de una metamorfosis, la transición de un pasado dominado por la categoría (cargada en exceso de dogmas e ideologías) a un

> futuro derecho europeo de contratos que ve, con alivio, la validez del nudo pacto."[1045]

El clima moderno tiende a deshacer de una vez por todas de este elemento que no ha respondido sino a dogmas e ideologías sin ninguna utilidad práctica. En efecto, en los Principios del Derecho Contractual Europeo (*Principles of European Contract Law* "PECL", llamados también Principios Lando), o en los Principios del Derecho Internacional Contractual del Instituto Unidroit (Institute for the Unification of Private Law www.unidroit.org/) o *Unidroit Principles of International Commercial Contract* (PICC, llamados también Principi *Unidroit*), o el *Code Européen des Contrats* (llamado también Código Gandolfi).

Estos documentos tienden a armonizar los principios del derecho privado, en cuyo caso uno de los objetivos es el de prescindir de la causa como elemento esencial del contrato. Este proceso de armonización europea de la disciplina del contrato expresamente se refiere a las Resoluciones 158/400 de 1989 y 205/518 de 1994 del Parlamento Europeo, y la Comunicación de la Comisión Europea del 11 de julio de 2001.

En conclusión, en estos proyectos de codificación europea, la causa como requisito no aparece más como necesario.

Por ejemplo, el articulado del PECL (Principles of European Contract Law o Principios Lando) no considera en absoluto a la

---

1045 EMANUELA NAVARRETTA, "Las razones de la causa y el problema de los remedios. Evolución histórica y perspectivas en el derecho europeo", reelaboración del texto de la ponencia presentada en el Congreso celebrado en la ciudad de Foggia-Italia, entre el 25 y el 27 de septiembre de 2003: *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Storia e prospettive della parte generale nel diritto dei contratti*., publicado en *Tradizione civilistica e complessità del sistema, Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Obra dirigida por Francesco Macario y Marco Nicola Miletti, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1.

causa como elemento de formación de los contratos. El artículo 2:101 especifica lo siguiente:

> **CHAPTER 2 : FORMATION** (formación)
>
> **Section 1 : General Provisions** (Reglas Generales)
>
> **Article 2:101: Conditions for the Conclusion of a Contract** (Condiciones para la Conclusión de un Contrato)
>
> **(1) A contract is concluded if:** (un contrato es concluido si):
>
> **(a) the parties intend to be legally bound, and** (las partes intentan estar legalmente relacionadas), y
>
> **(b) they reach a sufficient agreement** (alcanzan un acuerdo suficiente)
>
> **without any further requirement**. (sin necesidad de adicional requerimiento).
>
> **(2) A contract need not be concluded or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form. The contract may be proved by any means, including witnesses.** (Un contrato no require ser concluido o evidenciado en escrito ni es sujeto a otro requerimiento como la forma. El contrato puede ser probado por otras medios, incluyendo testigos.)

Asimismo, esta intención de que hablan los Principios Lando, es explicada en el artículo 2:102:

> **Article 2:102: Intention** (intención)
>
> **The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party.** (La intención de una parte de estar legalmente obligada por un contrato se determina por las declaraciones de la parte

> o la conducta que son razonablemente entendidas por la otra parte.)[1046]

Por su parte, para los Principios Unidroit, el contrato es válido sin necesidad de la presencia la "causa" porque no es un elemento. En efecto, el artículo 3.2. aclara:

> **Article 3.2 - Validity of Mere Agreement** (validez del mero acuerdo) **A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirements.** (Un contrato es concluido, modificado o terminado por el solo acuerdo de las partes, sin ningún requerimiento adicional).[1047]

Como se puede apreciar, tanto los Principios *Lando* como los Principios *Unidroit*, prescinden de la causa como elemento esencial en la formación de los contratos; antes al contrario, la intención se convierte en el elemento crucial en torno al cual gira el tramado contractual.

Asimismo, tal como lo sostuvimos hace más de 13 años, la causa no cumple ningún papel importante dentro del espectro negocial. Se pueden arribar a las mismas conclusiones a las que pretende arribar la causa, utilizando otros elementos que son prodigados por el sistema civil, tales como el error, el objeto entendido en su ancha significación, la lesión, la nulidad virtual, el orden público, etc.

1046 Ver "The Principles of European Contract Law", preparado por la Comisión de Derecho Contractual Europeo en 1999, texto en inglés, en http:--frontpe.cbs.dk-law-commission_on_european_contract_law-PECL%20engelsk-engelsk_partI_og_II.htm

1047 UNIDROIT Principles of International Contract, en http:--www.cisg.law.pace.edu-cisg-principles.html#NR37

Por ejemplo, los Principios Unidroit claramente lo explican cuando postulan el error relevante en el artículo 3.5, que a la letra dice:

> **Article 3.5 - Relevant Mistake** (Error Relevante) **(1) A party may only avoid the contract for mistake if, when the contract was concluded, the mistake was of such importance that a reasonable person in the same situation as the party would not have concluded it at all if the true state of affairs had been known, and** (una parte parte puede evitar el contrato solo por error si, cuando el contrato fue concluido, el error era de tal importance que una persona razonable en la misma situación de aquella parte no podría haberlo concluido si el verdadero estado de las cosas hubiera sido conocido, y)
>
> **(a) the other party made the same mistake, or caused the mistake, or knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to reasonable commercial standards of fair dealing to leave the mistaken party in error; or** (a) (la otra parte cometió el mismo error, o causó el error, o supo o debería haber sabido del error y era contrario a razonables estándares comerciales de trato justo para dejar a la parte errante en error, o)
>
> **(b) the other party had not at the time of avoidance acted in reliance on the contract** (la otra parte no actuó dependiendo del contrato al tiempo de la ejecución)
>
> **(2) However, a party may not avoid the contract if (**sin embargo, una parte no puede evitar un contrato si)
>
> **(a) it was grossly negligent in committing the mistake; or** (fue gravemente negligente cometiendo el error; o)

> **(b) the mistake relates to a matter in regard to which the risk of mistake was assumed or, having regard to the circumstances, should be borne by the mistaken party.** (el error se relaciona a un asunto en vista dle cual el riesgo fue asumido o, teniendo en cuenta las circunstancias, debería nacer de la parte errante.)

Por otra parte, en todo el texto de los Principios Lando y Principios Unidroit discurre la presencia de una filosofía enfocada en la voluntad y no en la causa. Existen algunas figuras que en razón de justicia resuelven problemas que la causa intenta reclamar autoría. Por ejemplo el "*Excesive Benefit or Unfair Advantage*" o excesivo beneficio o ventaja injusta (art. 4:109 *PECL*) y la "*Gross Disparity*" o grave disparidad del art. 3.10 *Unidroit*,

En efecto, el art. 4:109 PECL especifica:

> **Article 4:109: Excessive Benefit or Unfair Advantage** (Excesivo Beneficio o Ventaja Injusta)
>
> **(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:** (Una parte puede anular un contrato si, al tiempo de la conclusión del contrato):
>
> **(a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and (**era dependiente o tenía una relación de confianza con la otra parte, estuvo en crisis económica o urgent necesidad, fue imprevisor, ignorante, inexpert, o carente de cualidades negociadoras, y)
>
> **(b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way**

which was grossly unfair or took an excessive benefit. (la otra parte supo o debería haber sabido de esto y, dadas las circunstancias y el propósito del contrato, tomó ventaja de la situación de la primera parte en una forma que fue gravemente injusta o tomó excesivo beneficio).

(2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed. (Bajo el requerimiento de la parte autorizada a evitarlo, si es apropiado una Courte puede adaptar el contrato para sintonizarlo de acuerdo con lo que podría haberse acordado si los requerimiento de buena fe y trato justo hubieran sido seguidos).

(3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it. (Una Corte puede similarmente adaptar el contrato bajo requerimiento de la parte receptora de la noticia de la evitación por el excesivo beneficio o ventaja injusta, siempre y cuando esta parte informe a la otra parte que dio la noticia prontamente después de recibirla ésta y antes de que esta parte actuara dependiendo de ella.)

Por su parte el artículo 3:10 Unidroit declara:

Article 3.10 - Gross Disparity (Grave Disparidad) **(1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract term unjustifiably gave the other party an excessive advantage.**

Regard is to be had, among other factors, to (Una parte puede anular el contrato o un término individual de éste si, al tiempo de la conclusion del contrato, el término contractual injustificadamente dio a la otra parte una excesiva ventaja. Cuidado se debe tener, entre otras factores, a)

(a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill; and (al hecho de que la otra parte haya ejercitado injusta ventaja de la dependencia de la primera parte, crisis económica o necesidades urgentes, o por su imprevisibilidad, ignorancia, inexperiencia, o falta de habilidades negociadoras; y)

(b) the nature and purpose of the contract. (la naturaleza y el propósito del contrato)

(2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing. (Bajo el requerimiento de la parte autorizada a la nulidad, una corte puede adaptar el contrato o término para hacerlo coincidir con los estándares comerciale razonables del trato justo.)

(3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has acted in reliance on it. The provisions of Article 3.13(2) apply accordingly. (Una corte puede también adaptar el contrato o un término bajo el requerimiento de la parte receptora de la noticia de nulidad, siempre y cuando

> aquella parte informe a la otra parte de su requerimiento prontamente después de recibir tal noticia y antes de que la otra parte haya actuado en dependencia a ella. Las reglas del artículo 3.13(2) aplican consecuentemente.)

Como se puede apreciar de estos textos, la causa no tiene participación por ningún lado del espectro negocial, ni tan siquiera para considerar la figura de la nulidad o invalidez, antes al contrario ambos cuerpos jurídicos echan mano de figuras de tanta raigambre como el error o la lesión. Ambas figuras "*Excesive Benefit or Unfair Advantage*" o excesivo beneficio o ventaja injusta (art. 4:109 *PECL*) y la "*Gross Disparity*" o grave disparidad del art. 3.10 *Unidroit*, tienen su fuente en la institución de la lesión. De nuevo la teoría de la causa es vencida en estos terrenos.

De otra parte, el derecho contractual europeo utiliza otras figuras más prácticas para conquistar resultados prácticos que la causa no puedo alcanzar. Por ejemplo, el artículo 6:111(2) de los Principios Lando se refiere a la figura de la imprevisión:

> **(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished**. (Una parte está obligada a cumplir sus obligaciones aún si el cumplimiento resultara más oneroso, ya sea porque el costo del cumplimiento ha incrementado o porque el valor de lo recibido a cambio ha disminuido.)
>
> **(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided**

> **that**: (Sin embargo, si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente oneroso debido al cambio de circunstancias, la partes están obligadas a entrar en negociaciones con la visión de adaptar el contrato o terminarlo, siempre y cuando que)
>
> **(a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract**, (el cambio de circunstancias ocurrió después del tiempo de conclusión del contrato),
>
> **(b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and** (la posibilidad de un cambio de circunstancias era uno que no podría haberse razonablemente haberse tomado en consideración al tiempo de conclusión del contrato, y)
>
> **(c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear**. (El riesgo del cambio de circunstancias no es, de acuerdo al contrato, el que la parte afectada era requerida a soportar.)

Acertadamente el sistema europeo ve con alivio el fin del dogma de la causa del tramado negocial, precisamente porque la causa es un concepto sumamente multívoco, plurivalente y peligroso. En buena medida los Principios del Derecho Europeo han plasmado por escrito lo que el suscrito avisoró más allá de 13 años atrás: de que la causa no es sino el adefesio jurídico más grande del mundo.

Por supuesto que estas posturas europeas anticausalistas no pueden sino traer desazón e inquietud en un mundo dogmático. Así por ejemplo la jurista colombiana Bernal Fandiño expresó: Para un

país como Francia (o Colombia), en el cual la causa es un pilar del derecho de contratos, resulta chocante la evidencia de este vacío." [1048]

Y es justamente Francia el país que continuará empecinadamente con su equívoco causal. De Francia nació Domat y Pothier que, como se vió en el capítulo correspondiente, equivocaron los conceptos romanos sobre la causa. Y es precisamente el anteproyecto del Código Civil Francés el que continúa el equívoco causal, a despecho de las críticas de los juristas domésticos y extranjeros.

"El profesor Pierre Catala tomó la iniciativa de redactar con varios universitarios un anteproyecto de reforma del Código Civil francés en la parte relativa a las obligaciones. Este movimiento se vio respaldado por el mismo Presidente de la República en el coloquio del Bicentenario del Código Civil francés, realizado en la Sorbona el 11 de marzo de 2004. El anteproyecto fue presentatdo al Ministerio de Justicia el pasado 22 de septiembre de 2005 para su revisión... Sobre el tratamiento de la causa en el anteproyecto se esconde la distinción entre la causa del contrato y la de la obligación bajo una definición única. La causa es evocada en diez artículos del anteproyecto; sorprende si recordamos que en el Código de Napoleón solamente figura en cuatro (arts. 1108, 1131, 1132, 1133 C.C.)"[1049]

Y con esto, el Perú se encuentra frente al dilema de seguir obstinadamente pensando y repensando cómo la causa puede encajar en su sistema normativo, cuando el mundo avanza avasalladoramente en contra de este inútil concepto. Es sabido que el Perú es campeón del calco y la copia, pero el calco y la copia de dogmas y adefesios. Será muy improbable que el Perú adopte principios como los del derecho europeo, precisamente porque el Perú no solamente es un país adolescente, sino un país sin identidad, que no piensa por sí

1048 BERNAL FANDIÑO, 2006, pp. 240-241.

1049 Bernal Fandiño, 2006, p. 242.

mismo porque está lleno de complejos. El Perú no copiará el buen ejemplo prodigado por los principios europeos y seguirá empecinado en el fracaso de incluir a la causa como un elemento esencial del acto jurídico. Será justamente el trabajo de mentes jóvenes y libres de prejuicios las encargadas de despojarse de todos estos dogmas inútiles y darle al derecho peruano un sentido de identidad que responda a las exigencias de la realidad y no a los dictados de los dogmas. La nueva generación jurídica sacudirá estos dogmas adefesiosos de nuestro derecho, y junto con esta limpieza muchas de las "vacas sagradas" también pasarán a la historia como berroqueñas jurídicas. El futuro se abre optimista a un futuro en que la juventud pueda darle una nueva impronta al Derecho Peruano, una nueva característica propia y no de calco de dogmas.

11. CONCLUSIONES

1. La causa en el Código Civil de 1852 tiene emparentamiento con la causa clásica. El Código de 1936 obvió toda alusión a la causa como elemento de validez del acto jurídico, siendo por ende anticausalista, mientras que el actual Código de 1984, reputa que el *fin ilícito* es un elemento esencial de la estructura del acto jurídico.
2. Los redactores del Código Civil en esta materia (Vidal Ramírez, Max Arias, Osterling) coinciden que la concepción de causa del acto jurídico es "finalista y subjetiva", recogiendo los planteamiento de Josserand y Capitant. En realidad es una causa que resulta como fruto de la mezcla del neocausalismo bilateral (Josserand), con el neocausalismo sincrético (Capitant), ya que consiste en una sola noción con dos aspectos (objetivo y subjetivo), como lo postula Capitant, sin embargo, la idea objetiva no es del sinalagma funcional de Capitant, sino de la causa clásica recogida por Josserand (aunque no en su versión

subjetiva). Es decir, se trata de un engendro nuevo, de un híbrido, de una nueva versión maquillada de la falsa, vacua, inútil, superflua, huera de sentido, abstracta, artificial, caprichosa y super-erogatoria teoría de la causa.

3. Demás esta decir, que la confusión que reina en el mundo con respecto a la causa, se reproduce en el Perú entre los autores nacionales. Asimismo, del análisis de la pretendida influencia de este factor en las instituciones del derecho (error, condición, simulación, fraude, *clausula rebus sic stantibus*, *exceptio non adimpleti contractus*, condictiones, etc.), se deduce que la causa no es un elemento autónomo, que no es una verdad revelada ni tiene sacerdotes togados, por lo cual existen muchos elementos que cumplen con mayor eficiencia el rol contralor de la moralidad y el respeto del orden público, pasando por la natural función jurisprudencial que hace innecesaria toda referencia a esta infructuosa teoría.
4. El Derecho Europeo ha adoptado un sistema de principios que despoja al contrato de toda alusión a la causa como elemento del contrato. Tanto los Principles of European. El clima moderno tiende a deshacer de una vez por todas de este elemento que no ha respondido sino a dogmas e ideologías sin ninguna utilidad práctica. En efecto, en los Principios del Derecho Contractual Europeo (*Principles of European Contract Law* "PECL", llamados también Principios Lando), o en los Principios del Derecho Internacional Contractual del Instituto Unidroit (Institute for the Unification of Private Law www.unidroit.org/) o *Unidroit Principles of International Commercial Contract* (PICC, llamados también Principi *Unidroit*), o el *Code Européen des Contrats* (llamado también Código Gandolfi).

CONCLUSIONES GENERALES, PROPUESTAS Y ALCANCES

1. La causa jurídica, a la luz de diversas teorías, constituye una de las instituciones más promiscuas del derecho. Así, el término causa tiene una aproximación filosófica que goza de múltiples acepciones. Según Aristóteles, existen cuatro tipos de causa: genética, formal, material y final. Pese a que todas se encuentran entrelazadas en el campo de las ciencias naturales, sociales, etc., también penetran en el Derecho; sin embargo, la causa jurídica se encuentra íntimamente emparentada con la causa final.
2. En el Derecho Romano no recogemos una teoría orgánica y única de la causa, sino más bien, como dice Gorla, una Babel terminológica. En la Edad Media, el sistema de valoraciones jugó un rol preponderante para satisfacer las demandas societales. Asimismo, las *condictiones* respondieron a un élan distinto al que la causa pretende endilgarse, por lo cual la causa clásica nacerá como conclusión del principio de la interdependencia de las obligaciones y no al contrario.
3. Domat y Pothier inauguran la teoría de la causa clásica, que se moviliza a partir de un error histórico de interpretación de las fuentes romanas. Dicha doctrina, aun vista desde una perspectiva subjetiva, resulta falsa e inútil. Asimismo el anticausalismo se encargará de remarcar tal falsedad e inutilidad.
4. Producto de los ataques mortíferos a esta construcción teorética, la doctrina recoge el alcance proporcionado por los tribunales que -contrariamente al querer del causalismo clásico -confunden causa conmotivos. En esta medida, tenemos tres vertientes: el neocausalismo psicológico de Bonnecase (que rechaza la teoría clásica); el neocausalismo bilateral de Josserand (que acepta la teoría clásica desde una perspectiva subjetiva, como causa de la obligación) pero añade el móvil objetivizado como causa del contrato, a modo de una hidra con dos cabezas; y

el neocausalismo sincrético de Capitant que construye una sola noción de causa con dos aspectos: objetivo (que es el sinalagma funcional añadido al genético del causalismo clásico) y subjetivo (que lo concibe como el móvil impulsivo y determinante, común, ex-pacto). Es menester insistir en que el móvil no debe ser *in mente retentum*, sino que debe estar presente en el espectro contractual por obra y gracia del *consens*, constituyendo una esencialización de un elemento, de suyo, accidental. Este móvil impulsivo y determinante, no es sino la causa genética de la ejecución de la voluntad, es decir constituye un elemento de la voluntad negocial.

5. De otro lado, un dato importante de destacar es el trascendente rol que los tribunales juegan a partir de la función contralora del orden público y las buenas costumbres, que constituye su natural función, su espontánea impronta, sin atender a reduccionismos que atan su misión con este presupuesto que asume un papel postizo y desplazable.

6. Para las teorías italianas, que entienden la causa como una función, arrancan a partir de la redacción del Código Civil de Mussolini de 1942, manifestándose dos vertientes: la causa entendida como función económico social (de Betti), que gracias al ulterior influjo doctrinario se convierte en una función razonable y digna; y de otro lado tenemos la teoría de la función jurídica (Trimarchi, Pugliatti, entre otros) que confunde la causa con el esquema jurídico o el tipo contractual. Estas doctrinas objetivas poseen afluentes teóricos cabalgados por posturas totalitarias, socializantes, comunitaristas, etc., que reducen en demasía la libre iniciativa de la voluntad, confundiendo negocio con tipo. Además, los casos prácticos de causa ausente, falsa o ilícita, quedan apocados y remitidos a la misma estructura contractual, por lo cual la doctrina pretende construir una

nueva teoría que sigue las huellas del neocausalismo sincrético de Capitant que asume que la causa es una sola noción pero con dos aspectos, por lo cual, se descarta la causa clásica del plano objetivo y se incardina la teoría de la función socialmente relevante dentro de este trebejo (para responder a los casos de causa ausente o falsa), y dentro del cuadro subjetivo, se impone el móvil impulsivo y determinante (para dar respuesta a los casos de causa ilícita), dentro de una teoría de la causa *hipersincrética*, que resulta ser, como las anteriores, falsa e inútil.

7. Sin embargo, no se piense que los negocios no poseen función social. Todo lo contrario. La función social es un criterio conquistado por la humanidad que recorre todo el espectro jurídico e inunda con su huella todo el derecho (público y privado), inoculando su impronta; siendo absurdo encerrar su fisonomía dentro de un esquema que permanence como presupuesto fundante de la validez y existencia de las operaciones negociales, a modo de elemento esencial del acto o negocio jurídico.
8. De esta forma, el negocio posee una función típica que lo cuadricula, ubica y tipifica en el entramado contractual. Dicha función también participa de la función social, que, desde uno u otro sistema, puede encontrar plasmación práctica y concreta a través de determinados instrumentos, entre otros la nulidad virtual, que se encarga de corregir situaciones atentatorias al orden público y las buenas costumbres, en íntima concomitancia con la legalidad, aunque la función social no se agota en ella. De forma tal, que no podría darse el caso de constituir esta función social en un elemento de validez de la estructura de la operación negocial.
9. En el Perú, el Código Civil de 1852 reprodujo el concepto de causa clásica; el de 1936 fue anticausalista, aunque con pálidas referencias a la causa falsa, mientras que el Código de 1984

postula la causa a través del *fin lícito*. Los redactores de esta parte de Código han plagiado esta concepción de Capitant y Josserand, sin advertir sus autenticas doctrinas, derivando de ello una causa híbrida y farragosa.

10. En conclusión, haciendo a un lado la noción de causa, tanto doctrinal, legislativa como jurisprudencialmente, podemos arribar a mejores resultados que los que la causa pretende llegar con su mirilla. Para ello es menester el empleo de instrumentos jurídicos que responden a satisfacción a las demandas sociales, tales como el objeto -entendido en su ancha significación-, el error, la condición, la carga, el supuesto, el orden público, las buenas costumbres, la buena fe, la voluntad, principios generales del derecho, *exceptiones*, *condictiones*,etc. Los que, conjuntamente al ejercicio de un poderoso sistema de valoración tribunalicia que cumpla su función contralora del orden público y las buenas costumbres -que es su rol natural-, así como un dinámico plexo valorativo que interactúe con su realidad para brindar soluciones concretas y satisfactorias a sus demandas y exigencias, hacen que la causa constituya un elemento falso e inutil, es decir, super-erogatorio, o en otras palabras, constituye EL CUARTO LADO DEL TRIANGULO.

11. ~~El Derecho Europeo ha adoptado un sistema de principios que despoja al contrato de toda alusión a la causa como elemento del contrato. El clima moderno tiende a deshacer de una vez por todas de este elemento que no ha respondido sino a dogmas e ideologías sin ninguna utilidad práctica. En efecto, en los Principios del Derecho Contractual Europeo (*Principles of European Contract Law* "PECL", llamados también Principios Lando), o en los Principios del Derecho Internacional Contractual del Instituto Unidroit (Institute for the Unification of Private Law www.unidroit.org/) o *Unidroit Principles of*~~

International Commercial Contract (PICC, llamados también Principi *Unidroit*), o el *Code Européen des Contrats* (llamado también Código Gandolfi).

12. Las teorías revisoras y re examinadoras (en los EE.UU.) del dogma ficticio y manipulador de la doctrina de la consideración como elemento único y autónomo de accionabilidad de los acuerdos bilaterales y retributivos, pronto fue rechazada para dar cobertura a figuras que nacieron de la realidad misma y que la equidad les dio andamiento. Figuras como la obligación moral, la promesa vinculante ("*promissory estoppel*"), confianza detrimental ("*detrimental reliance*") o la restitución en los *quasi* contratos, haciendo que la estructura contractual se reconfigure. Es por esta razón que los Sumarios de Contratos ("*Restatement of Contracts*") incorporaran estos elementos de accionabilidad de los contratos paralelamente al tradicional elemento consideración bifurcando, de esta forma, la accionabilidad de los contratos en dos fuentes, una de ellas enancada en la tradicional consideración (que parte de la reciprocidad de los acuerdos negociados), y la otra fuente de accionabilidad contractual (para aquellos acuerdos donde la consideración no existe) enancada en figuras de harto calibre como la obligación moral, la promesa vinculante ("*promissory estoppel*"), confianza detrimental ("*detrimental reliance*"), o la restitución en los *quasi* contratos.

13. La teoría de la consideración en realidad es una mera formalidad huera de sentido. Para que funcione tiene que echar mano de otros elementos del contrato como son la intención o el objeto (el valor). Y es precisamente lo que hace Holmes, en el caso *Powers*, inclinando la balanza de la consideración y echando mano del elemento contractual de la intención. Por su lado Willinston, en el caso *Maughs*, inclina la balanza de la teoría de la consideración por el elemento objetivo o el valor. Con una u otra perspectiva,

la consideración no puede vivir sino es a través de la intención (teoría de Holmes) o del objeto (Willinston). Lo que ocurre es que el énfasis de la teoría de la consideración en su aspecto formal hace que estos dos elementos (de la intención o del objeto) se barajen constantemente; sin embargo, ambos elementos subyacen como la substancia de la forma considerativa.

14. Bajo este análisis, el agudo lector podrá fácilmente asemejar estos planteamientos de la consideración de Holmes y Willinston con los planteamientos de Domat y de Pothier en el Código Napoleónico. Holmes y Willinston representan para el *common law*, lo que Domat y Pothier representan para el *common law*. Ambos encajan perfectamente sus planteamientos de la consideración y de la causa del contrato para asemejarla o a la intención o al objeto. La única diferencia es que para el common law la donación no es un contrato, mientras que para el civil law sí lo es. Pero más allá de esta desemejanza, la causa y la consideración encuentran sus puntos de coincidencia retórica, filosófica y hasta jurídica en los planteamientos de Holmes-Willinston y de Domat-Pothier.

15. Como vimos, el planteamiento de la causa clásica de Domat y Pothier es prontamente negado por el anticausalismo y seguido por el neocausalismo (en sus distintas modalidades), hasta el punto de engendrar teorías de la causa función, de claro corte italiano. Sin embargo, las teorías de la consideración de Holmes y de Willinston encontraron una evolución en la realidad, la misma que, gracias al influjo de la equidad, absorbe, respalda y asimila otras alternativas como el *promissory estoppel* ("promesa vinculante"), o del *detrimental reliance* ("confianza detrimental") entre otra figuras de tanta enjundia en el Common Law y reflejadas tanto en la jurisprudencia como en la normatividad

legal (Segundo Código de los Contratos, *Second Restatement of Contracts*).

16. En estas dos sentencias (especialmente *D.C. v. T.W.* 70 Wash.2d 145, 422 P.2d 314 (1967)), el juego entre la consideración, la intención y el objeto se entrelazan. La consideración no es nada y está ausente cuando no refleja un hecho objetivo. El objeto prevalece sobre la consideración, porque la consideración es un elemento vacío que muchas veces no reproduce el verdadero valor de la transacción. Es gracias a estas decisiones donde los verdaderos elementos del contrato inclinan la balanza por una decisión más justa y responsable. En todo caso la diferencia entre la Sección 71 y Sección 90, es que la consideración es meramente formal y no resuelve situaciones donde no existe mutualidad o bilateralidad; en cambio, la confianza detrimental fácilmente se enfoca o en la intención o en el objeto y valora estas acciones u omisiones para evitar injusticias, pese a que la consideración esté ausente (como el caso de *Hoffman v. Red Owl Stores*, 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965)).

17. Revisando la teoría de la consideración, podemos concluir que la ésta - la consideración - no opera en el intricado contractual como un elemento objetivo substantivo mas sí como un elemento formal que debe acudir a otros factores objetivos y sustanciales como la voluntad o el objeto. Y es que existe esta necesidad urgente de acudir a la consideración como forma, que a su vez resuelva problemas que la misma forma no puede resolver. Y esa preocupación parte de otra necesidad cual es la de separar la voluntad del Estado de la voluntad privada, de querer frenar cualquier intromisión estatal (y por ende de cualquier juzgamiento del aparato estatal sobre la estructuración, adecuación y relevancia del contrato) en los tramados contractuales que hace que nazca una disyuntiva,

una dicotomía. Por un lado, se precisa que la consideración sea vista como un elemento formal para extrapolar lo público de la voluntad privada contractual, pero, por otro lado, esa formalidad es huera de sentido y todas las teorías basadas en la consideración como forma tienen que acudir o a la voluntad o al objeto, o muchas veces a la dependencia, para buscar soluciones sustanciales a los tramados negociales que la realidad presenta.

Bibliografia elemental

ADLER, M. J. (1985). *Aristotle for Everybody*. New York: Bantam Books.

AGUIAR, H. (1950). *Hechos y Actos Jurídicos*. Bs. As.: Tea.

ALBALADEJO, M. (1958). *El Negocio Jurídico*. Barcelona: Bosch.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1936). *Derecho Civil. T. 1, 1er año*. Santiago: Edit. Zamorano y Caperán.

ALVA CASTRO, L. (1989). *Víctor Raúl. El Señor Asilo*. Lima: Editorial Lann.

ÁLVAREZ, T. (s.f.). *Derecho Civil. Teoría de los Actos Jurídicos*. Santiago de Chile: Edit. F. Nascimento.

ALZAMORA, L. (1897). *Apuntes de Derecho Romano*. Lima: Librería Francesa y Casa Editora Galland.

ARGÜELLO, L. R. (1984). *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 2da edición. Bs. As.: Edit. Astrea.

ARIAS, J. (1941). *Manual de Derecho Romano*. Bs. As.: Kraft.

ARIAS RAMOS, J. (1947). *Derecho Romano*. 3ra edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, M.

(1987). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. T. II*. Lima: San Jerónimo.

(1988). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. T. I. Contratos. Parte General*. 3ra edición. Lima: San Jerónimo.

(1991). *Luces y Sombras del Código Civil. T. I*. Lima: Studium.

(1994). *Los Contratos Modernos. T. I*. Lima: W.G. Editor.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, M. y GUTIÉRREZ CAMACHO, W. (1999). *La Técnica Contractual. T. I*. Lima: Gaceta Jurídica.

ARMAZA GALDOS, J. (1993). *El Objeto de la Relación Obligatoria*. Arequipa: Hiparquía.

ARTEAGA, J. M. y ARTEAGA CARVAJAL, J. (1979). *Curso de Obligaciones*. Bogotá: Edit. Temis.

AZÚA REYES, S. (1993). *Teoría General de las Obligaciones*. México: Porrúa.

BARRETO, M. L. (1993). *Todos Callan, Nosotras Hablamos*, en Seminario Regional *Normatividad Penal y Mujer en América Latina y el Caribe. Vigiladas y Castigadas*. Lima: Cladem.

BARROS ERRÁZURIZ, A. (1930). *Curso de Derecho Civil. 1er año*. Santiago: Edit. Nascimento.

BECKER, M. E. (1987). *Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations*. 15 Hofstra Law Review 443.

BEJARANO SÁNCHEZ, M. (1984). *Obligaciones Civiles*. 3ra edición. México: Harla.

BEH, H. G. (1997). *Allocating the Risk of the Unforeseen…* 46 U. Kan. L. Rev. 115. University of Kansas Law Review.

BETTI, Emilio

(2001) *Reflexiones sobre la Noción de Negocio Jurídico*, en "Teoría General del Negocio Jurídico". Lima: Ara editores.

BIDART CAMPOS, G.

(1987). *Las Obligaciones en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar. (1988). *Los Equilibrios de la Libertad*. Bs. As.: Ediar.

(1991). *Teoría General de los Derechos Humanos*. Bs. As.: Astrea.

(1995). *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*. Bs. As.: Ediar.

BONFANTE, P. (1951). *Instituciones de Derecho Romano*. 2da edición. Madrid: Reus.

BONNECASE, J. (1945). *Elementos de Derecho Civil. T. II*. Puebla-México: Edit. Cajica.

BORDA, G. A. (s.f.). *Manual de Derecho Civil. Parte General*. 18a edición. Bs. As.: Perrot.

BRAVO MELGAR, S. (1999). *Contratos Modernos Empresariales. T. II*. Lima: Fecat.

BRIONES, M. (1993). *Mujeres Prostitutas*: *Entre la Tolerancia y la Persecución*, en Seminario Regional *Normatividad Penal y Mujer*.... Lima: Cladem.

BRUGI, B. (1946). *Instituciones de Derecho Civil*. México: Uteha.

BUERES, A. (1995). *La Causa Final en el* Acto *Jurídico*, en *Diez Años del Código Civil Peruano*. T. I. Lima: Universidad de Lima.

CABANELLAS, G. (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T. II*. 14a edición. Bs. As.: Edit. Heliasta.

CABANELLAS DE TORRES, G. (1989). *Diccionario Jurídico Elemental*. Lima: Cuzco.

CAMUS (1942). *Curso de Derecho Romano. Derecho de Obligaciones*. 2a edición. La Habana: Univ. de La Habana.

CANDIAN, A. (s.f.). *Instituciones de Derecho Privado*. México: Uteha.

CAPITANT, H. (1986). *Vocabulario Jurídico*. Bs. As.: Depalma.

CARBONELL LAZO, F.; LANZÓN PÉREZ, J.; MOSQUERA LÓPEZ, S. (s.f.). *Código Civil. T. II*. Lima: Ediciones Jurídicas.

CARBONNIER, J. (s.f.). *Derecho Civil. T. II, Vol. II: El Derecho de las Obligaciones y la Situación Contractual*. Barcelona: Bosch.

CASTAÑEDA, J. E. (1978). *Código Civil. T. II*. 6a edición. Lima.

CASTILLO FREYRE, M. y OSTERLING PARODI, F. (1994). *Tratado de las Obligaciones. T. I*. Lima: PUCP.

CASTRO Y BRAVO, F. de (1985). *El Negocio Jurídico*. Madrid: Civitas.

CIFUENTES, S. (1986). *Negocio Jurídico*. Bs. As.: Astrea.

COLIN, A. y CAPITANT, H. (1941). *Curso Elemental de Derecho Civil. T. I*. 2a edición. Madrid: Reus.

COMISIÓN DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO (1999). *The Principles of European Contract Law*. Disponible en: http:// frontpage.cbs.dk/...

CORNEJO, G. (1939). *Código Civil. Exposición Sistemática y Comentarios*. 2a edición. Lima: Librería e Imprenta Gil.

CORNEJO Y ROSADO, M. A. (1996). *El Poder Transformador. Los Secretos de los Líderes de Excelencia*. México: Grad.

CORBIN, A. (1918). *Does a Pre-Existing Duty Defeat Consideration*? Faculty Scholarship Series, Yale Law School.

CORTÁZAR, P. F. (1992). *Región Arequipa*, en *Imagen del Perú. Las Regiones del País*. Arequipa: Emisa.

COUTURE, E. (1983). *Vocabulario Jurídico*. Bs. As.: Depalma.

COVIELLO, N. (1938). *Doctrina General del Derecho Civil*. 4a edición. México: Uteha.

CUADROS VILLENA, C. F. (1997). *Derecho de Contratos*. 1a edición. Lima: Fecat.

CHANAMÉ ORBE, R. (1995). *Diccionario Jurídico Moderno*. Lima: San Marcos.

DABÍN, J. (1929). *La Teoría de la Causa*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

DALTON, C. (1985). *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*. 94 Yale L.J. 997.

DAVIS, J. (1993). *Cardozo's Judicial Craft and What Cases Come to Mean*. 68 N.Y.U. L. Rev. 777.

DE RUGGIERO, R. (1977). *Instituciones de Derecho Civil. Vol. I*. Madrid: Reus.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO SALVAT (1985). *Vol. 6*. España: Salvat.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (1984). *Real Academia Española*. Madrid.

DICCIONARIO DE SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS (s.f.). *Diccionario de Sinónimos y Antónimos*. Barcelona: Océano.

DÍEZ-PICAZO, L. (1983). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I*. 2a edición. Madrid: Tecnos.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.

(1980). *Sistema de Derecho Civil. Vol. I*. Madrid: Tecnos.

(1984). *Sistema de Derecho Civil. Vol. II*. 4a edición. Madrid: Tecnos.

DIGESTO (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Instituta–Digesto*. Barcelona: Jaime Molinas Editor.

DI PIETRO, A. y LAPIEZA ELLI, A. E. (1983). *Manual de Derecho Romano*. 3a edición. Bs. As.: Depalma.

DOMAT, J.

(1861a). *Civil Law in Its Natural Order*. T. I. Translated from the French by William Stra han. Boston: Luther Cushing.

(1861b). *Civil Law in Its Natural Order*. T. II. Translated from the French by William Stra han. Boston: Luther Cushing.

DUGUIT, L. (1908). *Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)*. Argentina: Paris: Félix Alcan editor.

(s.f.). *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado Desde el Código Napoleón*. 2a edición. Madrid: Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera.

DWORKIN, R. (1996). *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.

ECHAGÜE, C. (1975). *El Otro Imperialismo*. Lima: Ediciones Octubre.

ENGELSKIRCHEN, H. (1997). *Consideration as the Commitment to Relinquish Autonomy*. 27 Seton Hall L. Rev. 490.

ENGELS, F. (1972). *The Origin of the Family, Private Property and the State*. London: Penguin Group.

ENNECCERUS, L.; KIPP, T.; WOLFF, M. (1981). *Tratado de Derecho Civil. T. I, 2a parte*. 3a edición. Barcelona: Bosch.

EPSTEIN, R. A. (1982). *The Social Consequences of Common Law Rules*. 95 Harv. L. Rev. 1717.

ETCHEVERRY, R. A. (s.f.). *Derecho Comercial y Económico. Obligaciones y Contratos Comerciales. Parte General*. Bs. As.: Astrea.

EZAINE CHÁVEZ, A. (1987). *Derecho Romano. Obligaciones y Contratos*. Lima: Inaf.

FARBER, D. y MATHESON, J. (1985). *Beyond Promissory Estoppel: Contract Law and The Invisible Handshake*. 52 U. Chi. L. Rev. 931.

FARBER, D. (1983). *Contract Law and Modern Economic Theory*. 78 N.W. U. L. Rev. 303.

FEINMAN, J. y FELDMAN, M. (1985). *Pedagogy and Politics*. 73 Geo. L.J. 875.

FERRERO COSTA, R. (1987). *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Cuzco.

FERRI, G. B. (2001). *El Negocio Jurídico*, en *Teoría General del Negocio Jurídico*. Lima: Ara Editores.

FERRI, G. B. (2004). *La Presencia "Invisible" de la Causa del Contrato*, en *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley.

FIGUEROA, G. (1975). *Curso de Derecho Civil. T. II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

FLORES POLO, P. (1987). *Diccionario de Términos Jurídicos*. Lima: Marsol.

FRIED, C. (1980). *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, por P. S. Atiyah. 93 Harv. L. Rev. 1858.

FRIED, C. (1981). *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*. Cambridge: Harvard University Press.

FULLER, L. L. (1941). *Consideration and Form*. Columbia Law Review, 41(5), 799– 824.

GALGANO, F. (2001). *El Crepúsculo del Negocio Jurídico*, en *Teoría General del Negocio Jurídico*. Lima: Ara Editores.

GARCÍA BELAUNDE, D. (1993). *Teoría y práctica de la Constitución Peruana. T. II*. Lima: Ediciones Justo Valenzuela.

GARCÍA CALDERÓN, F. (1879). *Diccionario de la Legislación Peruana*. 2a edición. Lima.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T. (s.f.). *Curso de Derecho Administrativo*. 8a edición. Madrid: Civitas.

GASTALDI, J. M. (s.f.). *Contratos. Vol. I*. Bs. As.: Abeledo-Perrot.

GAUDEMET, E. (1984). *Teoría General de las Obligaciones*. México: Porrúa.

GILMORE, G. (1974). *The Death of Contract*. Columbus, OH: The Ohio State University Press.

GIORGI, J. (1929). *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. Vol. IV: Fuentes de las Obligaciones. Contratos*. Madrid: Reus.

GONZÁLES, J. A. (1985). *Elementos de Derecho Civil*. México: Trillas.

GORLA, G. (1959). *El Contrato. T. I: Exposición General*. Barcelona: Bosch.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLES, E. (1995). *Derecho de las Obligaciones*. 10a edición. México: Porrúa.

GUZMÁN FERRER, F. (s.f.). *Código Civil. T. I*. Lima: Edit. Científica.

GHERSI, E. (2000). *La Corrupción Como Efecto*. Perfiles del Siglo XXI, N° 79. México.

GHERSI, C. A. (1990). *Contratos Civiles y Comerciales*. Bs. As.: Astrea.

HAYA DE LA TORRE, V. R.

(1985a). *El Antimperialismo y el Apra*. En *Obras Completas*. T. IV. Lima: Mejía Baca.

(1985b). *Espacio-Tiempo Histórico*. En *Obras Completas*. T. IV. Lima: Mejía Baca.

HENRY, R. L. (1917). *Consideration in Contracts 601 A.D. to 1520 A.D.* 26 Yale L.J. 664.

HOLMES, O. W. Jr. (1881). *The Common Law*. Disponible en: http://www.fullbooks.com/The-Common-Law5.html

IDROGO DELGADO, T. (1993). *Teoría del Acto Jurídico*. Lima: Marsol.

IGLESIAS, J. (1972). *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Ariel.

JORS, P. (1937). *Derecho Privado Romano*. Barcelona: Labor.

JOSSERAND, L. (1950). *Derecho Civil. T. II, Vol. I: Teoría General de las Obligaciones*. Bs. As.: Ediciones Jurídicas Europa-América.

KELSEN, H. (1991). *Teoría Pura del Derecho*. Arequipa: Edijsur.

KESSLER, F. (1954). *Arthur Linton Corbin—A Tribute*. 64 Yale L.J. 164.

KENNEDY, D. (2000). *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's Consideration and Form*. 100 Colum. L. Rev. 94.

KNAPP, C. (1998). *Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel*. 49 Hastings L.J. 1191.

KRAUS, J. (2008). *From Langdell to Law and Economics: Two Conceptions of Stare Decisis in Contract Law and Theory*. 94 Va. L. Rev. 157.

KRONMAN, A. (1981). *A New Champion for the Will Theory*. Yale Law Journal.

LAFAILLE, H. (1953). *Derecho Civil. T. VIII: Contratos*. Vol. I. Bs. As.: Ediar.

LARENZ, K. (sf). Derfecho de Obligaciones, T. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

LAVALLE ZAGO, E. (1991). *Contratos*. Lima: Ediciones Jurídicas.

LENIN (1978). *El Socialismo Utópico y el Socialismo Científico*. Moscú: Editorial Progreso.

LEÓN BARANDIARÁN, J. (1991). *Tratado de Derecho Civil Peruano. T. I*. Lima: Walter Gutiérrez Editor.

LIZARRAGA UGARTE, W. R.

(1993). *El Éxito y Tú*. Arequipa: Publiunsa.

(1996). *La Tiranía del Derecho (memorias de un pasante)*. Arequipa: Publiunsa.

LIGHTSEY, W. K. (1984). A *Critique of the Promise Model of Contract*. 26 Wm. & Mary L. Rev. 45.

LOEWENWARTER, V. (1943). *Derecho Civil Alemán Comparado*. 2a edición. Santiago de Chile: Nascimento.

LOHMANN LUCA DE TENA, J. G. (1997). *El Negocio Jurídico*. Lima: Grijley.

LORENZEN, E. (1919). *Causa and Consideration in the Law of Contracts*. 28 Yale L.J. 621.

MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1918). *Comentarios al Código Civil Español. T. VIII*. 3a edición. Madrid: Reus.

MARÍN PÉREZ, P. (1983). *Derecho Civil. Vol. II*. Madrid: Tecnos.

MARTÍNEZ ALFARO, J. (1993). *Teoría de las Obligaciones*. 3a edición. México: Porrúa.

MARTY (1952). *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Vol. I*. Puebla- México: Cajica.

MARX, C. (1980). *Las Luchas de Clases en Francia de 1848 a 1850*. Beijing: Ediciones en Lenguas Extranjeras.

MARX, C. y ENGELS, F. (1980). *Manifiesto del Partido Comunista*. Beijing: Ediciones en Lenguas Extranjeras.

MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L.; MAZEAUD, J. (1960). *Lecciones de Derecho Civil. Parte 2a, Vol. I*. Bs. As.: Ejea.

Mc CAULIFF, C. M. A. (2002). *Un Enfoque Histórico de los Lazos Contractuales que Vinculan a las Partes*. 71 Fordham L. Rev. 841.

MELICH-ORSINI, J. (1982). *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*. 2a edición. Bogotá: Temis.

MESSINEO, F. (1986). *Doctrina General del Contrato*. T. I. Bs. As.: Ejea.

MESSINEO, F. (1954). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. I: *Código Civil Italiano*. Bs. As.: Ediciones Jurídicas Europa-América.

MIRANDA CANALES, M. (1995). *Derecho de los Contratos. Teoría y Práctica*. Lima: Jurs.

MONROY CABRA, M. G. (1983). *Introducción al Derecho*. 6a edición. Bogotá: Temis.

MONTOYA GÓMEZ, M. (1973). *De las Obligaciones en el Derecho Romano*. Bogotá: Temis.

MONTOYA MANFREDI, U. (1988). *Derecho Comercial*. T. II. Lima: Cultural Cuzco.

MORALES HERVIAS, R. (2004). La Causa del Contrato en la Dogmática Jurídica. En Morales Hervias (Edit) en *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en Memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley.

MORINEAU IDUARTE, M. e IGLESIAS GONZÁLES, R. (1993). *Derecho Romano*. 3a edición. México: Harla.

MOSSET ITURRASPE, J. (1961). *Manual de Derecho Civil. Contratos*. Argentina: Bibliográfica Omeba.

MOUTON Y OCAMPO, L. (1910). *Causa*, en *Enciclopedia Jurídica Española*. T. V. Barcelona: Seix.

MUÑOZ, L. (1960). *Derecho Comercial. Contratos*. Bs. As.: TEA.

NAVARRETTA, N. (2003). *Las razones de la causa y el problema de los remedios. Evolución histórica y perspectivas en el derecho europeo*. Ponencia presentada en Foggia–Italia, 25–27 septiembre 2003.

ODERIGO, M. (1982). *Sinopsis de Derecho Romano*. 6a edición. Bs. As.: Depalma.

OLAZÁBAL, L. (1961). *Derecho Civil*. 2a edición. Cuzco: Edit. Garcilazo.

ORGAZ, A. (1948). *Estudios de Derecho Civil*. Buenos Aires: Gea.

ORTEGA Y GASSET, J. (1964). *El Tema de Nuestro Tiempo*. Madrid: Austral.

ORTOLAN, M. (1847). *Instituciones de Justiniano*. Madrid.

OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E. (1980). *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*. Bogotá: Temis.

OURLIAC, P. y DE MALAFOSSE, J. (1960). *Derecho Romano y Francés Histórico. T. I*. Barcelona: Bosch.

PARODI, D. I. (1955). *La Causa de los Actos Jurídicos*, en *Enciclopedia Jurídica* OMEBA. T. II. Bs. As.: Bibliográfica Argentina.

PÉREZ CABALLERO, A. (1987). *Diccionario Jurídico Peruano*. Lima: Centro de Documentación Andina.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B. (1995). *Contratos Civiles*. 3a edición. México: Porrúa.

PESCIO, V. (1958). *Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y Teoría General de la Prueba. T. II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

PETIT, E. (1995). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México: Porrúa.

POSNER, E. A. (1997). *Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises*. 1997 Wis. L. Rev. 567.

POTHIER, R. J. (1993). *Tratado de las Obligaciones*. Bs. As.: Heliasta.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, M.

(1991). *El Contrato en General. T. I*. Lima: PUCP.

(1993). *El Contrato en General. T. III*. 2a edición. Lima: PUCP.

(1999). *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica.

PUGLIATTI, S. (1943). *Introducción al Estudio del Derecho Civil*. México D.F.: Porrúa Hnos. y Cía.

PUIG BRUTAU, J.

(s.f.). *Fundamentos de Derecho Civil. T. II, Vol. I*. Barcelona: Bosch.

(1946). *Tratado de Derecho Civil Español. T. IV. Obligaciones y Contratos. Vol. II*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

PHILIPPE, J. M. (2005). *French and American Approaches to Contract Formation and Enforceability: A Comparative Perspective*. 12 Tulsa J. Comp. & Int'l L. 357.

PLANIOL, M. y RIPERT, J. (1946). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Las Obligaciones. T. VI, 1a parte*. La Habana: Edit. Cultural.

PRYOR, S. (2005). *Consideration in the Common Law of Contracts: A Biblical- Theological Critique*. 18 Regent U. L. Rev. 1.

RAMIREZ GRONDA, J. (1976). *Diccionario Jurídico*. Bs. As.: Claridad.

RENDÓN VÁSQUEZ, J. (1989). *El Derecho Como Norma y Como Relación Social*. Lima: Tarpuy.

REVOREDO DE DEBAKEY, D. (1985). *Código Civil. Antecedentes Legislativos. Comparación con el Código de 1936*. Lima.

REITZ, J. C. (1998). *How to Do Comparative Law*. The American Journal of Comparative Law, Vol. XLVI, N° 4.

RICCI, F. (s.f.). *Derecho Civil. Teórico y Práctico. T. XIII*. Madrid: La España Moderna.

RIPERT, G. y BOULANGER, J. (s.f.). *Tratado de Derecho Civil (Según el Tratado de Planiol). T. IV: Las Obligaciones (1a parte), Vol. I*. Bs. As.: La Ley.

RODRÍGUEZ PASTOR, C. (1992). *Prontuario de Derecho Romano*. 2a edición. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente.

ROMERO ZAVALA, L. (1999). *Derecho de los Contratos en el Código Civil Peruano. Teoría General de los Contratos. T. II*. Lima: Fecat.

ROSENTAL–IUDIN (1980). *Diccionario Filosófico*. Lima: Ediciones Universo.

RUBINO, D. (1953). *El Negocio Jurídico Indirecto*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

RUBIO CORREA, M. (1989). *Nulidad y Anulabilidad. La Invalidez del Acto Jurídico*. Lima: PUCP.

RUBIO CORREA, M. (1991). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. 5a edición. Lima: PUCP.

RUBIO CORREA, M. (1993). *Título Preliminar*. Lima: PUCP.

SAGÜÉS, N. P. (1993). *Elementos de Derecho Constitucional. T. I*. Bs. As.: Astrea.

SALAS, A. (1982). *Obligaciones, Contratos y Otros Ensayos*. Bs. As.: Depalma.

SALVAT, R. (1952). *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General*. 6a edición. Bs. As.: Tea.

SANTOS BRIZ, J. (1978). *Derecho Civil. T. I*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

SCOGNAMIGLIO, R.

(2001). *El Negocio Jurídico: Aspectos Generales*, en *Teoría General del Negocio Jurídico*. Lima: Ara Editores.

(2004). *El Negocio Jurídico y la Causa*, en *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley.

SILVA LEITE, G. (1993). *Prostitución: Máscaras Antiguas, Nueva Ciudadanía*, en Seminario Regional *Normatividad Penal y Mujer en América Latina y el Caribe. Vigiladas y Castigadas*. Lima: Cladem.

SOHM, R. (1898). *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano*. Madrid: La España Moderna.

SOLÍS ESPINOZA, A. (1988). *Criminología. Panorama Contemporáneo*. Lima: Grijley.

SOMARRIVA UNDURRAGA, M. y ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1961). *Curso de Derecho Civil. T. I, Vol. I*. 3a edición. Santiago: Edit. Nascimento.

SPOTA, A. (1980). *Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Vol. III*. Bs. As.: Depalma.

STALIN, J. (1977). *Cuestiones del Leninismo*. Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjeras.

STREET, T. A. (1906). *The Foundations of Legal Liability*. A *Presentation of Theory and Development of the Common Law*. Northport, Long Island, NY: Edward Thompson Company.

STOLFI, G. (1959). *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

TABOADA CÓRDOVA, L.

(1995a). *Acto Jurídico: Propuestas de Enmienda*, en *Diez Años del Código Civil Peruano. Balances y Perspectivas. T. I*. Lima: Universidad de Lima.

(1995b). *La Teoría General del Acto Jurídico y el Concepto del Negocio Jurídico*. Revista *Temas de Derecho*, N° 2. Lima: Universidad de San Martín de Porres.

(1996). *La Causa del Negocio Jurídico*. Lima: Grijley.

TARAMONA HERNÁNDEZ, J. R. (1986). *Fuentes de las Obligaciones. Contratos Civiles. Teoría y Práctica*. Lima: J.E.

TORRES VÁSQUEZ, A.

(1992). *La Causa Fin en el Acto Jurídico*. Lima: UNMSM.

(1994). *El Objeto del Acto Jurídico*, en *I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial* (24–26 noviembre 1993). Lima: UNMSM.

VALENCIA ZEA, A. (1960). *Derecho Civil. T. III: De las Obligaciones*. Bogotá: Temis.

VALVERDE Y VALVERDE, C. (1935). *Tratado de Derecho Civil Español. T. I. Parte General*. 4a edición. Valladolid: Talleres Tipográficos Cuesta.

VÁSQUEZ OLIVERA, S. (1990). *Derecho Civil. Definiciones*. 1a edición. Arequipa: Edijsur.

VEGA VEGA, J. E. (1998). *El Acto Jurídico en las Instituciones del Derecho Civil*. Lima: Palestra Editores.

VENTURA SILVA, S. (1995). *Derecho Romano*. México: Porrúa.

VIDAL RAMÍREZ, F. (1990a). *Orden Público y Nulidad Virtual del Acto Jurídico*, en *Tratado de Derecho Civil. T. I*. Lima: Universidad de Lima.

VIDAL RAMÍREZ, F. (1990b). *El Acto Jurídico en el Código Civil Peruano*. Lima: Cuzco Editores.

VIDAL RAMÍREZ, F. (1990c). *Tratado de Derecho Civil. T. III, Vol. I*. Lima: Universidad de Lima.

VON IHERING, R. (s.f.). *El Fin en el Derecho*. Bs. As.: Heliasta.

VON HEHREN, A. T. (1959). *Civil Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis*. Harvard Law Review 1009.

VON TUHR, A. (1947). *Teoría General del Derecho Civil Alemán. Vol. II*. Bs. As.: Depalma.

VON TUHR, A. (1948). *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán. Vol. III: Los Hechos Jurídicos. El Negocio Jurídico*. Bs. As.: Depalma.

WATSON, G. R. (1997). A *Casebook for All Seasons*? 20 Seattle U. L. Rev. 277.

WILLINSTON, S. (1921). A *Treatise on the Law of Contracts*. Disponible en: http://chestofbooks.com/business/law/Law-Of-Contracts-3/

CASOS:

D.C. v. T.W. 70 Wash.2d 145, 422 P.2d 314 (1967))

Hamer v. Sidway, 124 N.Y. 538 (1891).

Hoffman v. Red Owl Stores, 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965)).

Este libro se terminó de imprimir en los talleres tipográficos
de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, UNSA,
en Noviembre del año 2000.